

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 23 n. 1, mar. 2019

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL
DE LONDRINA

REITOR

Prof. Dr. Sérgio Carlos de Carvalho

VICE-REITOR

Prof. Dr. Décio Sabbatini Barbosa

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfieri

Diretora de Pós-Graduação: Prof^a Silvia Marcia Ferreira Meletti

Diretora de Pesquisa: Prof. Arthur Eumann Mesas

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretor: Prof^a. D^a. Tânia Lobo Muniz

Vice-Diretor: Prof. Daniel da Silva Barros

Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. Ms. Marília Salerno

Chefe do Departamento de Direito Público: Profa. Ms. Nélia Edna Miranda Batisti

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

Vice-Coordenador: Prof^a. Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Scientia Iuris : revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL / Departamento de
Direito Público e Departamento de Direito Privado, Centro de Estudos Sociais Aplicados,
Universidade Estadual de Londrina. – Vol. 1, N. 1 (Jul./Dez. 1997) -
. – Londrina : Ed. da UEL, 1997- .
v. ; 22 cm

Periodicidade quadrimestral a partir de 2016.
Descrição baseada em: Vol. 23, N. 1 (mar. 2019).
ISSN 2178-8189

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais
Aplicados. Departamento de Direito Público. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de
Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Privado.

34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Ilza Almeida de Andrade CRB 9/882

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos,
cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citada
a fonte.

Indexada em / Indexed in: Base de Dados RVBI (Senado Federal) - DOAJ (Directory of Open Access Journals) - LATINDEX
- vLex (Espanha) - SHERPA RoMEO (Inglaterra) - Portal de Periódicos CAPES (Brasil) - WorldCat (EUA) - EZB (Alemanha)
- TULIPS-LinKer (Japão) - Scirus (Holanda) - Aladin (EUA) - NewJour (EUA) - VUBIS (Bélgica) - CCN - BASE (Alemanha) -
LivRe (Brasil) - RCAAAP (Portugal).

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v.23, n. 1, mar 2019

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL
DE LONDRINA

SCIENTIA IURIS

ISSN 2178-8189 (eletrônico)

COMISSÃO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Editora / Editor
Tânia Lobo Muniz

Titulares:

Cláudio Ladeira de Oliveira (Universidade Federal de Santa Catarina /SC)
Gilvan Luiz Hansen (Universidade Federal Fluminense/RJ)
Irene Patrícia Nohara (Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP)
Jussara Suzi Assis Borges Nassar Ferreira (Universidade de Marília/SP)
Luis María Chamorro Coronado (Universidad Rey Juan Carlos /Espanha)
Luiz Otávio Pimentel (Universidade Federal de Santa Catarina/SC)
Priscila Machado Martins (Universidad Central de Chile/Chile)
Sérgio Alves Gomes (Universidade Estadual de Londrina/PR)

Assessoria Técnica:

Bruna Faria, Eduardo Bueno Rodrigues, Juliani Cristina Lima Grochoski, Joice Duarte Gonçalves
Bergamaschi, Laudicena de Fátima Ribeiro, Leonardo Cosme Formaio, Mylena de Souza Santos,
Natali Silvana Zwaretch, Uiara Vendrame Pereira.

CONSELHO CONSULTIVO / CONSULTIVE BOARD

ADRIANA SILVA MAILLART (UNINOVE-SP)
CARLOS ALBERTO PEREIRA DAS NEVES
BOLONHA (UFRJ/RJ)
CRISTIANO GOMES DE BRITO (UFU/MG)
DAIANE MOURA DE AGUIAR (UNISINOS/RS)
ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR (UIT/MG)
GILBERTO FACHETTI SILVESTRE (UFES/ES)
GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA
(UNESA/RJ)
GUILHERME CAMARGO MASSAÚ (UFPEL/
RS)
GUSTAVO PEREIRA LEITE RIBEIRO (UFLA/
MG)

JESUALDO EDUARDO DE ALMEIDA JUNIOR
(FEMA/SP)
JOSÉ AILTON GARCIA (UNIAN/SP)
LOURIVAL JOSÉ DE OLIVEIRA (UNIMAR/ SP)
LUIZ CARLOS GOIABEIRA ROSA (UFU/MG)
MAURIN FALCÃO (UCB/DF)
RODRIGO COIMBRA SANTOS (UNISINOS/RS)
ROGERIO MONTAI DE LIMA (UNIR/RO)
SILVIO ROMERO BELTRÃO (UFPE/PE)
THAIS BERNARDES MAGANHINI (UNIR/RO)
WILLIAM SANTOS FERREIRA (PUC/SP)

Curso de Mestrado em Direito Negocial

Universidade Estadual de Londrina/ Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA

Campus Universidade – CEP 86051-990 – Londrina – Paraná – Brasil

Fone/Fax: (43) 3371-4693 – E-mail: mestrados@uel.br

Home page: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/index>

SUMÁRIO | CONTENT

EDITORIAL.....	8
A ATA NOTARIAL.....	10
NOTARIAL TESTIMONY	
<i>Nelson Finotti Silva e Renan Kirihata</i>	
A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL NORTE-AMERICANA NA JURISDIÇÃO COMERCIAL DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO A PARTIR DO CASO WTO-OSC/DS267 - UPLAND COTTON.....	25
NORTH AMERICAN INTERNATIONAL RESPONSIBILITY IN THE TRADE JURISDICTION OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION FROM THE CASE WTO-OSC/DS267 - UPLAND COTTON	
<i>Flávio Marcelo Rodrigues Bruno e Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo e Marilda Rosado de Sá Ribeiro</i>	
O REDIMENSIONAMENTO DO CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA NO PARADIGMA DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL: INFLUXOS DA TERCEIRA ONDA RENOVATÓRIA.....	41
THE RESIZING OF THE CONCEPT OF ACCESS TO JUSTICE IN THE CONSTITUTIONAL DEMOCRATIC PARADIGM: THE INFLUX OF THE THIRD RENOVATORY WAVE	
<i>Geovana Faza da Silva Fernandes e Marcelo Pereira de Almeida</i>	
VALIDADE E EFICÁCIA DOS “TESTAMENTOS INTELIGENTES” VIA TECNOLOGIA BLOCKCHAIN	63
VALIDITY AND EFFECTIVENESS OF “SMART WILLS” THROUGH BLOCKCHAIN TECHNOLOGY	
<i>Lucas Salles Moreira Rocha e Frederico Felix Gomes e Tereza Cristina Monteiro Mafra</i>	
A “RELATIVIZAÇÃO DA RELATIVIDADE”: ASPECTOS DA MITIGAÇÃO DA FRONTEIRA ENTRE PARTES E TERCEIROS NOS CONTRATOS	81
THE “RELATIVIZATION OF PRIVACY”: ASPECTS OF THE MITIGATION OF THE BORDER BETWEEN PARTIES AND THIRD PARTIES IN CONTRACTS	
<i>Carlos Nelson de Paula Konder</i>	
FRANQUIA E ARBITRAGEM: BREVE ESTUDO A PARTIR DE EMBLEMÁTICA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	101
FRANCHISE AND ARBITRATION: BRIEF STUDY FROM AN EMBLEMATIC DECISION OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE	
<i>Fabiano Koff Coulon e Fernanda Borghetti Cantali</i>	
O COMPLIANCE E SEUS REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO	125
COMPLIANCE AND ITS REFLECTIONS IN BRAZILIAN LAW	
<i>Daniel Barile da Silveira e Carlos Henrique Miranda Jorge</i>	
A PROPRIEDADE INTELECTUAL SOBRE OS “MEMES” DA INTERNET: PERSPECTIVAS A PARTIR DO DIREITO AUTORAL E DO DIREITO DE MARCA.....	144
INTELLECTUAL PROPERTY ON THE INTERNET “MEMES”: PERSPECTIVES FROM COPYRIGHT AND BRAND LAW	
<i>Jordana Siteneski do Amaral e Salet Oro Boff</i>	

O DESAFIO DA REDUÇÃO DA DESIGUALDADE DE GÊNERO NAS GRANDES EMPRESAS: ENTRE AS QUOTAS VINCULANTES E A AUTORREGULAÇÃO164
THE CHALLENGE OF REDUCING GENDER INEQUALITY IN COMPANY BOARDROOM: BETWEEN BINDING QUOTAS AND SELF-REGULATION

Luciana Tasse Ferreira e Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri

OBRIGAÇÕES AMBIENTAIS DAS EMPRESAS DE CELULOSE EM FACE DO DIREITO BRASILEIRO180
ENVIRONMENTAL OBLIGATIONS OF PULP COMPANIES IN LIGHT OF BRAZILIAN LAW

Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira

RESENHAS | REVIEWS.....197

OS CINCO MISTÉRIOS DO CAPITAL197
THE FIVE MYSTERIES OF CAPITAL

Juliani Cristina Lima Grochoski

O LIBERALISMO POLÍTICO200
POLITICAL LIBERALISM

Gabriela Amorim Paviani

EDITORIAL

Caro Leitor, saudações!

A Revista Scientia Iuris, periódico vinculado ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, tem o prazer de apresentar o Número 1 de seu 23º Volume de Edição, compartilhando-o com toda a comunidade jurídica nacional e internacional. Honrosamente, esta Revista possui o estrato B1 da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) e tem por escopo a publicação de trabalhos científicos que guardem afinidade com o Direito Negocial e temas atuais, relacionados às suas linhas de pesquisa.

De fato, o comprometimento com a periodicidade quadrimestral, a seriedade da avaliação às cegas, o respeito às normas estabelecidas pelo Qualis/CAPES, enfim, todos os elementos que compõem uma revista científica de relevância continuam sendo rigorosamente cumpridos.

O presente Volume, composto por pluralidade de assuntos, conta com duas resenhas: “Os cinco mistérios do capital”, de Juliani Cristina Lima Grochoski, e “O liberalismo político”, de Gabriela Amorim Paviani, e mais dez artigos, que tocam em diversas áreas do direito, tais como: a) A ata notarial; b) O redimensionamento do conceito de acesso à justiça no paradigma democrático constitucional: influxos da terceira onda renovatória; c) Validade e eficácia dos “testamentos inteligentes” via tecnologia blockchain; d) A “relativização da relatividade”: aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos; e) A importância da arbitragem privada para fins de indução e fomento de investimentos estrangeiros no Brasil; f) Franquia e arbitragem: breve estudo a partir de emblemática decisão do superior tribunal de justiça; g) O compliance e seus reflexos no direito brasileiro; h) A propriedade intelectual sobre os “memes” da internet: perspectivas a partir do direito autoral e do direito de marca; i) O desafio da redução da desigualdade de gênero nas grandes empresas: entre as quotas vinculantes e a autorregulação; e j) Obrigações ambientais das empresas de celulose em face do direito brasileiro. Dada a profundidade e relevância dos temas abordados, será possível ao leitor engrandecer o seu conhecimento e maximizar a sua consciência no que concerne à premente necessidade de se promover a liberdade de contratação sem, jamais, se olvidar dos ideais de preservação e proteção do pleno desenvolvimento humano. Assim, a Revista Scientia Iuris espera que o trabalho desenvolvido possa ser propagado cada vez mais, suscitando dúvidas e não certezas, questionamentos e não dogmas, discussões em lugar do silêncio, a fim de auxiliar o desenvolvimento do conhecimento. Por fim, sob a consciência de que a edição de um periódico não se faz senão

pela atuação e empenho de um conjunto de colaboradores, agradecemos a cada um que nos ajudou a atingir este resultado, em especial nossos Autores, Avaliadores, Leitores e Assessoria Técnica... Muito obrigada!

Uma excelente leitura a todos!

Conselho Editorial

A ATA NOTARIAL

NOTARIAL TESTIMONY

Nelson Finotti Silva*
Renan Kirihata**

Como Citar: SILVA, Nelson Finotti; KIRIHATA, Renan. Ata Notarial. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 10-24, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p10. ISSN: 2178-8189.

* Doutor em Direito em 2008 pela Universidade Católica de São Paulo (PUC/PR). Mestre em Direito em 2001 pela Universidade de Franca (UNIFRAN). Especialista em Direito em 2000 pela Universidade de Franca (UNIFRAN). Graduada em Direito em 1985 pela Faculdade Metropolitanas Unidas (FMU). E-mail: nfinotti1@gmail.com

** Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM) Especialista em Direito Notarial e Registral em 2017 pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Especialista em Direito Processual do Trabalho em 2016 pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Graduada em Direito em 2003 pelo Centro Universitário Eurípede de Marília (UNIVEM) E-mail: renan.kirihata@gmail.com

Resumo: Este trabalho traz uma revisão bibliográfica e reflexões acerca da ata notarial, instrumento público lavrado pelo tabelião de notas, analisando-se o conceito e a estrutura desse meio de prova, a sua contribuição para o acesso à justiça, bem como a classificação das atas segundo a doutrina, com destaque para quatro tipos de atas notariais em espécie: ata de mera percepção; ata de notoriedade; ata de subsanação; e carta de sentença notarial.

Palavras-chave: Ata notarial. Serventias extrajudiciais. Processo civil. Prova civil.

Abstract: This paper presents a bibliographical review and reflections on the notarial testimony, a public instrument drafted by the notary of notes, analyzing the concept and structure of this evidence, its contribution to the access to justice, as well as the classification of the minutes according to the doctrine, with emphasis on four types of notarial acts in kind: minutes of mere perception; records of notoriety; rectification minutes; and letter of sentence.

Keywords: Notary testimony. Extrajudicial service. Civil procedure. Civil proof.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende discorrer acerca da ata notarial, instrumento público lavrado pelo tabelião de notas, analisando o conceito e a estrutura desse meio de prova, a sua contribuição para o acesso à justiça, bem como a classificação das atas segundo a doutrina, com destaque para quatro tipos de atas notariais em espécie: ata de mera percepção; ata de notoriedade; ata de subsanação; e carta de sentença notarial. Para isso, foi realizada uma revisão bibliográfica do tema com foco em doutrinadores atuais, códigos de normas e o CPC/15.

A ata notarial foi prevista como meio típico de prova pelo CPC/15 (apesar de já prevista pelo ordenamento jurídico na Lei 8.935/94), sendo salutar a alteração para a divulgação e disseminação dessa importante ferramenta jurídica que, apesar de muito útil, ainda é pouco utilizada.

A ata notarial, em sua essência, tem a mesma natureza da prova testemunhal. De fato, o tabelião testemunha os fatos e os relata na ata notarial. A diferença é que o Estado outorgou a fé pública a esse profissional do direito, que faz do documento notarial um documento público qualificado pela fé pública. A fé pública do tabelião permite que ele autentique fatos, dotando a ata notarial de uma especial eficácia e valor probante. Para isso, o tabelião de notas tem uma função autenticadora intrínseca para poder desempenhar a sua atividade.

1 BREVÍSSIMO HISTÓRICO

Ensina Brandelli (2009, p. 317) que “[...] embora possa parecer instituto novo, em virtude de só recentemente ingressar na pauta das discussões do cenário jurídico pátrio, a ata notarial é tão antiga quanto à própria função notarial”.

A ata notarial é um meio de prova e seu objetivo precípuo é produzir provas, sendo um verdadeiro instrumento público. Foi prevista inicialmente na legislação brasileira na Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994 no art. 6º, que atribuiu aos notários a competência, dentre outras, de autenticar fatos e nos termos do art. 7º, III, da mesma lei trata-se de ato privativo do tabelião de notas¹.

Pode-se, entretanto, afirmar-se que, mesmo antes da Lei nº 8.935/94, a confecção da ata notarial era possível, com base no art. 364² do CPC/73. O art. 405³ do CPC/15, em redação quase idêntica, trouxe previsão semelhante ao art. 364 do CPC/73.

O CPC/15 deu maior destaque à ata notarial ao prevê-la no art. 384⁴. Loureiro (2017, p. 1214) destaca que, de acordo com esse novo dispositivo, a ata notarial “é o documento apto para atestar ou documentar a existência e o modo de existir de algum fato, lavrado pelo tabelião a

1 Art. 7º Aos tabeliões de notas compete com exclusividade: [...] III - lavrar atas notariais; [...].

2 Art. 364. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.

3 Art. 405. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença.

4 Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

requerimento do interessado”. Assevera ainda que, além do meio escrito, a ata pode conter registro de som e imagens, que passam a ser parte integrante do documento notarial. Aparentemente, do ponto de vista técnico, o art. 384 do CPC/15 soa como desnecessário, visto que existem outros dispositivos que legitimam a sua utilização.

2 CONCEITO DA ATA NOTARIAL

Vários autores se propuseram a definir o conceito de ata notarial que é um instrumento público, voltado à pré-constituição de prova. Assim, colaciona-se a seguir uma série de assertivas para tentar delimitar o instituto. Segundo Loureiro (2017, p. 1214):

Ata notarial é o documento que se destina à constatação de fatos ou a percepção que dos mesmos tenha o notário sempre que por sua índole não possam ser qualificados de contratos, assim como seus juízos e qualificações. Em outras palavras, é o instrumento público que tem por finalidade conferir fé pública a fatos constatados pelo notário, por meio de qualquer de seus sentidos, destinando-se à produção de prova pré-constituída.

Os notários e registradores sofrem intensa regulação administrativa das corregedorias dos tribunais de justiça. Esses tribunais costumam editar provimentos ou resoluções ditando um código de normas a ser observado pelos titulares das serventias extrajudiciais. Entre esses regulamentos, o Código de Normas de Minas Gerais trouxe um conceito de ata notarial⁵:

Art. 234. A ata notarial, dotada de fé pública e de força de prova pré-constituída, é o instrumento em que o tabelião, seu substituto ou escrevente, a pedido de pessoa interessada, constata fielmente os fatos, as coisas, pessoas ou situações para comprovar a sua existência ou o seu estado (MINAS GERAIS, 2013).

O Código de Normas de Minas Gerais destaca a qualidade de fé pública e da força de prova pré-constituída. Por isso, utiliza a palavra instrumento ao invés da palavra documento. Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, p. 781) diferencia documento de instrumento nos seguintes termos:

Documento não se confunde com instrumento, sendo o segundo espécie do primeiro. O instrumento é produzido com o objetivo de servir de prova, como ocorre na celebração de um contrato ou escritura pública. Caso o documento seja produzido, já tendo o objetivo de provar determinado ato, será considerado um instrumento, mas, não tendo tal finalidade específica, embora em momento posterior até possa vir a ser considerado como prova num processo judicial, ter-se-á somente um documento, e não um instrumento, como ocorre numa carta ou e-mail tendo como conteúdo algum fato ou ato.

⁵ Rodrigues e Ferreira (2016, p. 112) alinham-se ao entendimento do código mineiro, quando dispõem: “Ata notarial é o instrumento público pelo qual o tabelião, ou preposto autorizado, a pedido de pessoa interessada constata fielmente fatos, coisas, pessoas ou situações para comprovar a sua existência ou seu estado.”

O código mineiro destaca também o princípio da rogação. O Tabelião deve ser instado a promover a lavratura da ata notarial. Sem essa provocação, deve se manter inerte. É preciso que algum usuário o inste para que aja⁶. Loureiro (2017, p. 1206-1207) assevera que o requerimento deve ser prévio; que o pedido deve ser possível de ser atendido pelo notário, podendo recusar documentar situações que envolvam esforço físico excessivo ou risco físico; que o pedido deve explicitar e determinar o evento a ser constatado; que o objeto da rogação deve ser lícito, o que não se confunde com o objeto da ata notarial; que a rogação deve obedecer a um interesse legítimo do requerente, correspondente a um interesse juridicamente protegido. Por seu turno, Pedroso e Lamanauskas (2013, p. 241) entendem:

Seu conceito se resume a um instrumento público em que o tabelião translada um fato que presenciou, por meio de seus sentidos, para um documento e, conseqüentemente, para os livros de notas, confirmando a existência de determinadas circunstâncias. [...] Ressalte-se que, no momento em que o notário captura o fato, não deve agir com qualquer juízo de valor sobre o que viu ou ouviu. [...].

Já as Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo destacam que a ata deve se converter em uma narração objetiva, fiel e detalhada de fatos jurídicos presenciados ou verificados pessoalmente pelo tabelião de notas⁷. Assim, não cabe na ata notarial opiniões e julgamentos, mas apenas relatos de questões fáticas. Continuando, Brandelli (2009, p. 321) assevera que:

A ata notarial é, enfim, o instrumento público mediante o qual o notário capta, por seus sentidos, uma determinada situação, um determinado fato, e o traslada para seus livros de notas ou para outro documento. É a apreensão de um ato ou fato jurídico, pelo notário, e a transcrição dessa percepção em documento próprio.

Tanto as normas de serviço, como os autores referidos, destacam uma característica: narração de fatos constatados por meio de sentidos sem emissão de juízo de valor. O notário deve se limitar a captar e transcrever o que presenciou, pois a ata tem natureza autenticatória e, por isso, não está sujeita à qualificação da regularidade dos fatos constatados, mas simplesmente à sua descrição da forma mais fiel possível.

A escritura pública e a ata notarial são documentos diferentes. A escritura pública deve atender aos requisitos do art. 215 do Código Civil, sendo que “[...] a regra não se aplica, por inteiro, à ata notarial, embora também subordinada a critérios formais, inerentes à função de quem a redige, com a correspondente avaliação de fatos cuja exatidão não possa ser presumida” (CENEVIVA, 2010, p. 85).

⁶ “Dado o predomínio na lei brasileira do princípio da instância, não é de acolher a ata notarial de ofício, pela qual o tabelião lança em seus livros ata de sua iniciativa.” (CENEVIVA, 2010).

⁷ Cap. XIV. 137. Ata notarial é a narração objetiva, fiel e detalhada de fatos jurídicos presenciados ou verificados pessoalmente pelo Tabelião de Notas. 137.1 A ata notarial é documento dotado de fé pública. (ESTADO DE SÃO PAULO, 1989, p. 51.)

A ata notarial, enquanto ato de competência privativa do tabelião de notas, foi prevista em nosso ordenamento de forma expressa no art, 7º, III, da Lei nº 8.935/94, enquanto a menção à escritura pública foi prevista no inciso I. Assim, quis o legislador mostrar que se tratam de institutos diferentes. Deveras, a natureza jurídica da ata notarial é autenticatória, e a da escritura pública é constitutiva obrigacional. Assim, a ata notarial é um instrumento público, destinada à pré-constituição de prova, mediante a qual o tabelião de notas, a requerimento da parte suscitante, relata fatos percebidos de forma seletiva sem emissão de juízo de valor, dando o seu testemunho, que é recoberto pela fé pública outorgada pelo Estado.

3 FINALIDADE DA ATA NOTARIAL

A ata notarial tem em si a característica da reconstrução de fatos pretéritos. Os fatos não podem ser repetidos, mas o relato do fato pode ser reconstruído, e a partir de aí ser utilizado para reconstruir o fato propriamente dito. Nesse sentido, a ata notarial é um documento histórico, no sentido de descrever a história de determinado acontecimento.

O método reconstrutivo é um método composto, que combina vários processos lógicos. Parte da observação, e por isso o reconstrutor está sujeito às normas desse processo: não recolhe tudo de forma mecânica, mas antes seleciona o que considera importante (DELLEPIANE, 2004, p. 40-41).

Segundo Loureiro (2017, p. 1205), “[...] a finalidade da ata notarial é a constatação de fatos pelo notário com a finalidade de formar prova para fins administrativos ou judiciais”. O solicitante da ata espera produzir uma prova de forma deliberada para evidenciar determinado fato jurídico relevante. Assim, a ata notarial, além de ser um documento público, é um verdadeiro instrumento, vez que destinada a fazer prova.

A ata notarial é um ato autenticador, já que, por meio da ata notarial, o tabelião de notas autentica fatos. Pode ser objeto da ata notarial o fato jurídico em sentido amplo, incluídos tanto os fatos lícitos quanto os ilícitos, pois ambas as espécies produzem efeito jurídico que podem fundamentar uma pretensão legítima (LOUREIRO, 2017, p. 1205-1206).

Conclui-se então que a função da ata notarial é servir de instrumento público, visto que destinada a fazer prova futura de fato constatado e narrado pelo tabelião, que possui fé pública, de forma a permitir a prevenção de conflitos ou a sua célere resolução.

4 ESTRUTURA DA ATA NOTARIAL

Não há previsão legal acerca dos elementos que devem ser considerados para a validade de uma ata notarial, não se aplicando integralmente o art. 215 do Código Civil às atas notariais.

Ao lavrar e materializar os conteúdos para o texto da ata notarial, o tabelião de notas não realiza controle e qualificação quanto à: manifestação da vontade das partes; necessidade de assinatura das partes, visto que a ata notarial é ato unilateral do tabelião de notas; referência

ao cumprimento das formalidades legais e fiscais, visto que não é entabulado nenhum negócio jurídico, mas mera descrição de fatos captados por meio dos sentidos do tabelião.

Os códigos de normas dos tribunais de justiça estaduais regulam o tema, discorrendo sobre os requisitos necessários à lavratura de atas notariais. Nessa toada, o Código de Normas de Minas Gerais dispõe:

Art. 235. São requisitos de conteúdo da ata notarial: I - data e lugar de sua realização, indicando a serventia em que tenha sido lavrada; II - nome e individualização de quem a tiver solicitado; III - narração circunstanciada dos fatos; IV - declaração de ter sido lida ao solicitante e, sendo o caso, às testemunhas, ou de que todos a leram; V - assinatura do solicitante e, sendo o caso, das testemunhas, bem como do tabelião de notas, seu substituto ou escrevente, encerrando o ato (MINAS GERAIS, 2013).

Já as normas de São Paulo dispõem:

CAP XIV. 138. A ata notarial conterà: a) local, data, hora de sua lavratura e, se diversa, a hora em que os fatos foram presenciados ou verificados pelo Tabelião de Notas; b) nome e qualificação do solicitante; c) narração circunstanciada dos fatos; d) declaração de haver sido lida ao solicitante e, sendo o caso, às testemunhas; e) assinatura e sinal público do Tabelião de Notas (SÃO PAULO, 1989, p. 51).

Rodrigues e Ferreira (2016) admitem que o relativamente capaz, entre 16 e 18 anos, e os incapazes detentores de capacidade natural podem requerer a lavratura de ata notarial. Loureiro (2017, p. 1210) entende que não há exigência de que o requerente seja pessoa capaz, desde que tenha aptidão natural para entender e querer, visto que o autor do documento é o notário. Por exemplo, um pródigo, considerado relativamente incapaz pelo Código Civil⁸, pode solicitar a lavratura de uma ata notarial registrando um comentário ofensivo postado em uma página na internet.

O notário também está sujeito aos impedimentos constantes do art. 27 da Lei nº 8.935/94, ou seja, “[...] no serviço de que é titular, o notário e o registrador não poderão praticar, pessoalmente, qualquer ato de seu interesse, ou de interesse de seu cônjuge ou de parentes, na linha reta, ou na colateral, consanguíneos ou afins, até o terceiro grau” (CENEVIVA, 2010, p. 228), sendo que “[...] inexistente fé pública no ato que o notário ou registrador pratique em seu próprio benefício” (CENEVIVA, 2010, p. 228).

Também é preciso identificar e qualificar a parte, ou seja, o solicitante, e sempre que possível as outras pessoas devem ser qualificadas tendo em vista o princípio da segurança jurídica⁹.

8 Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: [...] IV - os pródigos.

9 “Para atas notariais, o reconhecimento da identidade e capacidade da parte e sua qualificação são imprescindíveis. Parte é somente o solicitante. A presença de outras pessoas, a pedido do solicitante, como peritos, assistentes técnicos e testemunhas, implica no dever de reconhecer a identidade e a capacidade e qualificá-las para o ato notarial. / Não é imprescindível que sejam reconhecidas as identidades e capacidades, ou requerida a qualificação, de terceiros presentes nos fatos constatados. Se, porém, o tabelião puder, deve fazer tal constatação, que amplia o elenco da autenticação e agrega maior segurança ao ato.” (RODRIGUES; FERREIRA, 2016).

As partes não precisam assinar a ata notarial. Pode ocorrer de o solicitante não concordar com o conteúdo da ata notarial e recusar-se a assiná-la. Nesse caso, o tabelião pode lançar a sua assinatura e mencionar tal circunstância. Rodrigues e Ferreira (2016) asseveram que: “[...] as assinaturas das partes são indispensáveis para perfectibilizar as escrituras. Nas atas, se faltar a assinatura do solicitante ou quaisquer intervenientes, o notário pode finalizar o ato, que é válido e eficaz”. A assinatura do solicitante na ata notarial, bem como testemunhas, implica somente em mera ciência do conteúdo da ata, e não concordância.

Em atenção ao princípio da unidade do ato, a ata deve conter o tempo e local de sua lavratura, bem como o tempo e o local dos fatos constatados pelo tabelião: “[...] o princípio da unidade do ato deve ser cumprido no momento da redação final, da lavratura e assinatura das partes e do tabelião” (RODRIGUES; FERREIRA, 2016).

Assim, apesar de não existir um dispositivo legal regulando a estrutura da ata notarial, o art. 215 do Código Civil deve servir de guia básico no que couber. Os regulamentos administrativos também dão uma diretriz sobre os pontos importantes que devem fazer parte da ata.

A doutrina, por sua vez, complementa com discussões a operacionalização da lavratura, mas a análise e o prudente arbítrio do notário é que irá dotar de plena eficácia a ata notarial: cabe ao notário, no caso concreto, identificar os elementos que serão importantes, complementando a ata dos elementos necessários.

5 CLASSIFICAÇÃO DA ATA NOTARIAL

Existem diversas espécies de atas notariais e no presente texto serão tomadas as obras de Brandelli, Loureiro e Rodrigues e Ferreira como referencial principal. Os nomes e as classificações adotadas pelos autores não são uniformes, e nem mesmo o conteúdo de cada tipo de ato. Todavia, há uma grande similitude nos exemplos de aplicação prática. Apesar de divergentes na nomenclatura, há uma certa sintonia de entendimentos.

A doutrina possui diversas classificações de ata notarial. Rodrigues e Ferreira (2016) classificam as atas quanto: a) ao agir do tabelião; b) ao objeto; c) à forma; e d) ao meio.

A classificação de Rodrigues e Ferreira é interessante, pois apresenta diversos critérios. Outros autores também apresentam uma taxinomia das atas, mas, geralmente, distinguindo-as em função do objeto. Por ser este¹⁰ o principal critério de classificação da doutrina, iremos nos concentrar em alguns dos tipos mais comentados de ata notarial.

Rodrigues e Ferreira (2016) classificam as atas nas seguintes espécies: ata de notoriedade;

10 O parágrafo único do art. 234 do Código de Normas de Minas Gerais dispõe que a ata notarial pode ter como objeto: “Parágrafo único. A ata notarial pode ter por objeto: I - colher declaração testemunhal para fins de prova em processo administrativo ou judicial; II - fazer constar o comparecimento, na serventia, de pessoa interessada em algo que não se tenha realizado por motivo alheio à sua vontade; III - fazer constar a ocorrência de fatos que o tabelião de notas ou seu escrevente, diligenciando em recinto interno ou externo da serventia, respeitados os limites da circunscrição nos termos do art. 146 deste Provimento, ou em meio eletrônico, tiver percebido ou esteja percebendo com seus próprios sentidos; IV - averiguar a notoriedade de um fato. V - atestar o tempo de posse do requerente e de seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias, para fins de reconhecimento de usucapião.” (MINAS GERAIS, 2013).

ata de declaração; ata de certificação sobre documentos e exibição de coisas; ata de constatação em diligência externa; ata de notificação; ata de autenticação eletrônica; ata de usucapião; ata de subsanação. Já Brandelli (2009) cita: ata de protocolização (não prevista no direito brasileiro); ata de depósito (não prevista no direito brasileiro); atas de presença; ata de notificação (sem aplicação no direito brasileiro); ata de notoriedade; ata de subsanação. Loureiro (2017, p. 1212) lista: atas de mera percepção de coisas, de pessoas ou de condutas humanas; atas de juízo e qualificação do notário; ata de manifestação; ata de protocolização de documentos (cartas de sentença notariais).

A seguir serão estudados quatro tipos de atas notarias com mais detalhes: atas de mera percepção; atas de notoriedade; atas de subsanação; e cartas de sentença notariais.

5.1 Atas de mera percepção

Loureiro denomina de atas de mera percepção o registro da percepção, pelo notário, de coisas, pessoas ou de condutas humanas, asseverando que a ata de mera percepção é expressamente consagrada¹¹ no art. 703¹² do CPC/15.

A ata de mera percepção tem sido utilizada, por exemplo, no âmbito das relações de trabalho para constatar que determinado funcionário denigre a imagem da própria empresa em redes sociais na internet.

Rodrigues e Ferreira (2016) não utilizam tal terminologia, mas fazem remissão à ata de declaração; ata de verificação sobre documentos e exibição de coisas¹³; ata de constatação em diligência externa¹⁴; ata de autenticação eletrônica. Dentro das atas de autenticação eletrônica, Rodrigues e Ferreira cita a ata de internet, que seria uma subespécie:

Com o avanço da tecnologia e o crescimento da internet, há uma enorme quantidade de relações, documentos e contratos realizados por via digital. A ata notarial possibilita comprovar a integridade e veracidade de fatos em meio digital, ou atribuir a eles autenticidade. [...] É frequente que esses locais tenham informações

11 “A possibilidade deste tipo de ata é expressamente consagrada no art. 703 do Novo Código de Processo Civil. Segundo esta norma, o notário homologará o penhor legal tomado pelos proprietários de hotéis e restaurantes (consistente na apreensão de bens móveis daqueles que deixam de pagar os débitos pela prestação dos serviços concernentes). Tal fato é documentado em ata notarial, onde deve ser feita menção, ainda, ao contrato de locação ou a conta pormenorizada das despesas, a tabela dos preços e a relação dos objetos retidos (art. 703, par. 2, CPC).” (LOUREIRO, 2017, p. 1213).

12 Art. 703. Tomado o penhor legal nos casos previstos em lei, requererá o credor, ato contínuo, a homologação. § 1º Na petição inicial, instruída com o contrato de locação ou a conta pormenorizada das despesas, a tabela dos preços e a relação dos objetos retidos, o credor pedirá a citação do devedor para pagar ou contestar na audiência preliminar que for designada. § 2º A homologação do penhor legal poderá ser promovida pela via extrajudicial mediante requerimento, que conterà os requisitos previstos no § 1º deste artigo, do credor a notário de sua livre escolha. § 3º Recebido o requerimento, o notário promoverá a notificação extrajudicial do devedor para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar o débito ou impugnar sua cobrança, alegando por escrito uma das causas previstas no art. 704, hipótese em que o procedimento será encaminhado ao juízo competente para decisão. § 4º Transcorrido o prazo sem manifestação do devedor, o notário formalizará a homologação do penhor legal por escritura pública.

13 “Na ata de exibição de coisas, o tabelião constata a existência material de um ou vários objetos. A mera existência ou inexistência deles num lugar e hora determinados pode ser o objeto da ata. Por exemplo: o lugar em que algo se encontra, o estado ou as circunstâncias em que a coisa é mantida, como as atas de exibição e descrição de coisas, de destruição ou de inutilização de coisas, em especial, documentos.” (RODRIGUES; FERREIRA, 2016).

14 “As atas de presença compreendem situações diversas e imprevisíveis. O tabelião, a pedido do solicitante, na sede do tabelionato ou em diligência externa constata fatos ou circunstâncias, sempre respeitando a sua competência territorial.” (RODRIGUES; FERREIRA, 2016).

que podem constituir calúnia, injúria ou difamação, ou, ainda, contenham o uso indevido de imagens, de textos extraídos de outras fontes sujeitas ao direito autoral, como livros, filmes, logotipos, marcas, nomes empresariais, músicas e infrações ao direito autoral e intelectual. A caracterização da concorrência desleal também pode ser apurada em decorrência da ata (RODRIGUES; FERREIRA, 2016).

Apesar da diversidade de nomenclaturas, a ata de mera percepção é a ata notarial padrão, aquela que vem à mente quando se fala de ata notarial¹⁵. Por meio desse tipo de ata, o tabelião constata e registra na ata os acontecimentos captados por meio de seus sentidos.

5.2 Ata de notoriedade

Pode ser atestada a notoriedade de um fato por meio de ata notarial; mas qual é a vantagem de se atestar um fato que já é notório? Os fatos não são notórios universalmente. A notoriedade se resume em um determinado lapso espaço-temporal. Pode ser que fora do círculo social imediato do fato a sua notoriedade seja questionada.

Assim, por meio da ata notarial de notoriedade esse conhecimento pode irromper os limites espaço-temporais imediatos. Para comprovar a notoriedade de um fato, o notário poderá realizar diligências para demonstrar de forma inequívoca a sua evidente notoriedade¹⁶.

Trazendo uma classificação mais detalhada, Velloso (2006) diz que, apesar de poderem ser negados, há muitos fatos que a doutrina aceita como isentos de confirmação: os evidentes, os normais, os notórios, os presumidos pela lei e os negativos. Para o autor, os fatos evidentes são aqueles conhecidos por todos os integrantes de uma determinada sociedade¹⁷. Por exemplo, é evidente o fato de que é se tem melhor visão das coisas durante o dia do que à noite. Já os fatos notórios:

Son los conocidos y aceptados pacíficamente por muchas personas (no por todas, como el hecho evidente) en una cultura, sociedad o medio determinado. Por ejemplo, el horario de la rueda de negocio sen pleito entre corredores de Bolsa; La ubicación de un hospital en pleito entre médicos que trabajan en él y relacionado con un daño allí producido, etcétera (VELLOSO, 2006, p. 33).

Para um fato ser notório, não é necessário que seja de conhecimento universal, mas que extrapole o círculo de relações particulares, ou seja, faça parte do conhecimento de determinado

15 Já Brandelli (2009, p. 335) aponta a ata de presença como: “São as atas notariais típicas. São aquelas pelas quais o notário narra um fato por ele presenciado, sem influir no desenvolvimento do fato.”

16 Segundo Brandelli (2009, p. 336), o regulamento notarial espanhol contém os seguintes preceitos acerca da ata de notoriedade: “Art. 209. [...] Segundo. El Notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, sean o no propuestas por el requirente, Y deberá hacer requerimientos y notificaciones personales o por edictos cuando el requirente lo pido o él juzge necesario [...]. Tercero. Constrán necesariamente en las actas de notoriedad todas las pruebas practicadas y requerimientos hechos con sus contestaciones; los justificantes de citaciones e llamamientos; la indicación de las reclamaciones presentadas por cualquier interesado, y la reserva de los derechos correspondientes al mismo ante los Tribunales de Justicia.”

17 “Son los conocidos por todos los integrantes de una sociedad dada y que, por ende, integran el conocimiento propio del juez producido por el diario vivir como integrante de aquella” (VELLOSO, 2006, p. 33).

círculo social em determinado tempo e determinado lugar¹⁸.

Rodrigues e Ferreira (2016) dão exemplos de aplicação prática da ata de notoriedade:

Algumas pessoas necessitam fazer prova de seu próprio nome, de sua capacidade civil, de seus apelidos ou de outras situações próprias e conhecidas de sua comunidade, mas cuja fé em outros âmbitos depende do ato notarial. Na ata de notoriedade, o tabelião constata o fato mediante verificação de documentos oficiais ou particulares, ou ainda por meio da presença e do testemunho de terceiros visando declarar uma situação notória de interesse do solicitante, podendo ser sobre pessoas e coisas. / É possível atestar alguma situação fática do interessado, como é exemplo a vida. Geralmente solicitada pelo INSS ou algum instituto de previdência ou empresa seguradora, nessa ata o tabelião verifica se a pessoa está viva com a mera presença dela perante ele. / Há casos em que seguradoras, para fazerem o pagamento de benefícios, apólices ou pecúlios, como o DPVAT, seguro obrigatório dos veículos automotores no Brasil, exigem uma ata em que o tabelião ateste a condição de herdeiro legal de um segurado falecido. / O herdeiro comparece perante o tabelião e, mediante a apresentação de documentos oficiais que comprovem o elo sucessório e, se possível, o grau de parentesco do interessado com o de cujus, é possível verificar e atestar a sua situação de herdeiro legal. / Essa ata pode ser complementada também com a declaração de pessoas – mas deve haver prova do encadearamento sucessório –, a parte interessada ou terceiros, de que o de cujus faleceu no estado civil de solteiro, não deixando convivente, filhos, nem testamento. Nesses casos, consideram-se interessados os descendentes, ascendentes, conviventes, parentes colaterais e pessoas que, eventualmente, demonstrem interesse na ata, por exemplo, aquele que é beneficiário de apólice de seguro.

Fica demonstrada a inegável utilidade da ata de notoriedade: o transporte e conservação espaço temporal de um determinado fato tido por notório de um determinado círculo social para outro.

5.3 Ata de subsanação

Erros existentes em documentos particulares ou oficiais poderão ser corrigidos pelo tabelião através da ata de subsanação, que é “[...] o instrumento pelo qual o tabelião constata

18 “Pode parecer contraditória a lavratura de ata notarial para constatação de fato notório que, por definição, é conhecido de todos e, conseqüentemente, não precisa ser demonstrado. Notoriedade de um fato é a qualidade de ser conhecido por todos. / No entanto, o termo ‘todos’ pode ter amplitudes diversas, ou seja, a notoriedade tem graus diversos. Existem fatos que são conhecidos por qualquer pessoa mediana, onde quer que ela se encontre (fatos vulgarizados). Outros fatos são conhecidos pelas pessoas que, de forma permanente ou duradoura, estão localizados em certo território e a eles relacionados, como cidades, vilas ou distritos (fatos supernotórios). Finalmente, alguns fatos são conhecidos pela generalidade das pessoas que se encontram em uma relação mais próxima ou direta com o evento ou com suas conseqüências, ou que pertencem ao entorno social ou econômico daquela pessoa a quem o fato afeta (ex: vizinhos, frequentadores do mesmo clube ou igreja, membros da mesma categoria profissional ou empresarial etc.). Estes são denominados fatos simplesmente notórios. / A ata notarial nenhuma utilidade teria, pois nada acrescentaria, no que tange aos fatos vulgarizados: se qualquer pessoa mediana, em qualquer lugar, tem notícia do evento, também o destinatário da prova, obviamente, tem conhecimento do fato. Mas para as demais hipóteses, a ata notarial pode se mostrar útil, como, por exemplo, para a demonstração ou comprovação de estado de posse de filiação; de convivência estável, duradoura e pública entre homem e mulher, como se casados fossem (posse do estado de casado), o estado de solteiro etc.” (LOUREIRO, 2017, p. 1214).

erros em documentos particulares ou oficiais e os corrige em vista de evidente descompasso entre a situação real e a documental, entre a verdade perceptível e o erro perenizado.” (RODRIGUES; FERREIRA, 2016).

A ata de subsanação tem um escopo restrito, não podendo ser utilizada para alterar a vontade das partes externada no documento, mesmo que a vontade tenha sido externalizada com vício. Isso porque o notário não tem o poder de alterar o negócio jurídico: a ata notarial é documento público unilateral do tabelião de notas, podendo ser utilizada para a correção de erros inequívocos, que podem ser constatados de forma objetiva com base em documentação suporte. Nesse sentido, o item 53 do Capítulo XIV da NSCGJ-SP dispõe:

53. Os erros, as inexatidões materiais e as irregularidades, constatáveis documentalmente e desde que não modificada a declaração de vontade das partes nem a substância do negócio jurídico realizado, podem ser corrigidos de ofício ou a requerimento das partes, ou de seus procuradores, mediante ata retificativa lavrada no livro de notas e subscrita apenas pelo tabelião ou por seu substituto legal, a respeito da qual se fará remissão no ato retificado. / 53.1. São considerados erros, inexatidões materiais e irregularidades, exclusivamente: / a) omissões e erros cometidos na transposição de dados constantes dos documentos exibidos para lavratura do ato notarial, desde que arquivados na serventia, em papel, microfilme ou documento eletrônico; / b) erros de cálculo matemático; / c) omissões e erros referentes à descrição e à caracterização de bens individuados no ato notarial; / d) omissões e erros relativos aos dados de qualificação pessoal das partes e das demais pessoas que compareceram ao ato notarial, se provados por documentos oficiais. (SÃO PAULO, 1989, p. 37).

Na sequência, o regulamento administrativo paulista dispõe sobre a impossibilidade de utilização de ata notarial para a correção de escritura pública, sendo necessário nova escritura pública de retificação-ratificação:

54. Os erros, as inexatidões materiais e as irregularidades, quando insuscetíveis de saneamento mediante ata retificativa, podem ser remediados por meio de escritura de retificação-ratificação, que deve ser assinada pelas partes e pelos demais comparecentes do ato rerratificado e subscrita pelo Tabelião de Notas ou pelo substituto legal (SÃO PAULO, 1989, p. 37).

Conjugando os itens 53 e 54, pode-se extrair quando poderá ser realizada a correção da escritura por ata notarial, de forma unilateral pelo tabelião, sem a necessidade de chamar novamente as partes para a confecção de escritura de ratificação-retificação, que exige a anuência de todos as partes que constaram da escritura original. Esclarecedor o parecer 231/2015-E da Corregedoria Geral da Justiça proferido no processo CGJ 73.298/2015, relatado pela Juíza Assessora da Corregedoria Ana Luiza Villa Nova, que aduz:

Em relação à escritura pública, do mesmo modo, considera-se erro material as inexatidões e as irregularidades constatáveis documentalmente e desde que não

modificada a declaração de vontade das partes nem a substância do negócio jurídico, os quais podem ser corrigidos de ofício ou a requerimento das partes, mediante anotação à margem do ato notarial ou, não havendo espaço, por meio de ata retificativa lavrada no livro de notas e subscrita apenas pelo tabelião, a respeito da qual se fará remissão no ato retificativo, nos termos do art. 53 do Capítulo XIV das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça. O subitem 53.1 descreve em suas quatro alíneas quais são os erros, inexactidões materiais e irregularidades passíveis de correção de ofício ou a requerimento das partes, e, na alínea “d”, prevê hipótese que se enquadra no caso vertente - “omissões e erros relativos aos dados de qualificação pessoal das partes e das demais pessoas que comparecem ao ato notarial, se provados por documentos oficiais (SÃO PAULO, 2015).

A ata de subsanação permite, de forma rápida, precisa e segura a correção de erros constatáveis materialmente pelo notário, evitando que o usuário tenha que se deslocar novamente para a feitura de uma nova escritura pública de retificação-ratificação, contribuindo para a redução do custo Brasil, e evitando potenciais conflitos que poderiam surgir em decorrência de eventual desacordo superveniente entre as partes.

Assim, a ata de subsanação é um instrumento que contribui com a desburocratização ao permitir que o próprio tabelião de notas, em certas hipóteses restritas, saneie o ato, sem a necessidade de intervenientes.

5.4 Carta de sentença notarial

As cartas de sentença notariais foram inseridas nas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo por meio do Provimento CG nº 31/2013 (SÃO PAULO, 2013). Tal instrumento não existe em todos os Estados, dependendo de regulamentação pelo respectivo tribunal de justiça.

Nos “considerandos” do provimento paulista foi destacada a fé pública do tabelião, “[...] que lhes permite constatar e atestar fatos, bem como certificar a correspondência entre cópias e os respectivos autos judiciais originais”; “[...] que existe estreita afinidade entre as atividades judiciais e extrajudiciais, com ampla possibilidade de conjugação de tarefas, em benefício do serviço público”; “[...] que deve ser permanente a busca pela celeridade e eficiência nos serviços judiciários” (SÃO PAULO, 2013).

Assim, o Capítulo XIV da NSCGJ-SP, que regulam o serviço do tabelionato de notas, passou a contar com a Seção XII - Das cartas de sentença notariais (SÃO PAULO, 1989, p. 62). O fundamento da carta de sentença notarial reside na fé pública e no poder autenticatório do tabelião. E esses poderes são os mesmos que dão base para a lavratura de atas notariais. Para Loureiro, a carta de sentença pode ser vista como uma espécie de ata notarial¹⁹.

19 “A denominada carta de sentença notarial, ademais de possuir, nosso entender, a natureza de ata notarial de protocolização, tal como amplamente reconhecido no direito comparado, também pode ser classificada como uma atividade de jurisdição voluntária (administração pública de interesses privados) que é transferida pela autoridade judicial ao notário, o qual fica incumbido de conservar nos seus arquivos o expediente judicial, neles inserido por

Outro fundamento também que pode ser utilizado para justificar a carta de sentença notarial é o disposto no inciso III do art. 425 do CPC/15²⁰. As reproduções das peças dos autos são cópias de documentos públicos, e a reprodução por notário atribui a autenticidade em função da fé pública investida pelo Estado a esse profissional do direito.

A expedição da carta de sentença não é um ato jurisdicional, mas, sim, administrativo. A sentença envolve o poder jurisdicional em ação, sendo a manifestação do magistrado uma exteriorização de parcela do poder soberano do Estado. O instrumento que materializa a reprodução de tal expressão de vontade, todavia, não é um ato jurisdicional em sentido estrito, podendo ser repassado tranquilamente para oficiais que estão sob o regime do direito administrativo.

Para o Poder Judiciário, essa iniciativa é bem-vinda pois contribui para descongestionar o sistema, transferindo carga de serviço para a estrutura extrajudicial. Assim, os servidores que seriam encarregados dessa tarefa administrativa podem se dedicar melhor à atividade fim do Poder Judiciário: resolver conflitos de interesses em que o exercício da jurisdição seja indispensável e intransferível. Ainda, a carta de sentença notarial é mais uma alternativa que se coloca à disposição do usuário, que pode, em prazo curto, obter a materialização da ordem judicial, vantagem considerável principalmente em relação àquelas varas que sofrem com acúmulo de serviço e falta de servidores e infraestrutura.

Para o tabelião de notas, a ata notarial é mais um ato integrante da sua carteira de serviços, aumentando o seu leque de atuação, sendo, portanto, interessante. Além disso, é o reconhecimento de sua capacidade como um auxiliar para dar impulso aos atos necessários para a efetivação da jurisdição.

A ata notarial é um instituto de grande potencial, mas ainda de pouca utilização prática. Espera-se, com esse estudo, aumentar a divulgação e reflexão acerca desse instituto, que tem o potencial de contribuir para um melhor acesso à justiça no Brasil.

CONCLUSÃO

O presente artigo discorreu sobre a ata notarial, instrumento público, destinada à pré-constituição de prova, mediante a qual o tabelião de notas, a requerimento da parte, relata fatos percebidos de forma seletiva sem emissão de juízo de valor, dando o seu testemunho, que é recoberto pela fé pública outorgada pelo Estado. Após a análise da estrutura da ata notarial, foram minudenciados quatro tipos de ata notarial: ata de mera percepção, ata de notoriedade, ata de subsanação e carta de sentença notarial.

A ata de mera percepção é a ata notarial clássica, e seu uso tem aumentado para documentar fatos que de outra forma seriam de difícil prova, como determinada mensagem postada em rede social na internet.

força da ata notarial de protocolização, e de emitir traslados e certidões desde documento matriz. Desta forma, retira-se do Judiciário uma função administrativa, que contribui para emperrar os mecanismos da máquina judicial, para que se volte à sua verdadeira função: a denominada jurisdição contenciosa.” (LOUREIRO, 2017, p. 1218).
20 Art. 425. Fazem a mesma prova que os originais: [...] III - as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório com os respectivos originais; [...].

A ata de notoriedade consegue realizar o transporte espaço-temporal de um determinado círculo social de um fato considerado notório para outros contextos, nos quais a notoriedade poderia ser contestada.

A ata de subsanação contribui para a correção de determinados erros objetivos quando da lavratura de uma escritura pública, por ato unilateral do notário, de forma a ser desnecessária o comparecimento ou anuência dos partícipes do ato original, que poderiam entrar em desacordo posterior, evitando a intervenção judicial.

A carta de sentença notarial é uma novidade introduzida no código de normas paulista e que ainda não foi difundida pelo Brasil. Por meio dela, pode-se deslocar parte do serviço que consome recursos do Poder Judiciário, como escreventes e estagiários, para a estrutura extrajudicial, sem perda de qualidade, visto que os titulares das serventias extrajudiciais são dotados de fé pública.

Com a transferência, os serventuários do juízo ficam liberados para novas tarefas de apoio ao magistrado, como a realização de minutas, tentativa de conciliação e mediação entre as partes, organização dos processos da vara e outras atividades essenciais ao bom desempenho da função jurisdicional.

O sistema notarial e registral contribui para a produção e distribuição da justiça preponderantemente por meio da prevenção de litígios, trazendo a lume outro enfoque: o direito como forma de prevenir o conflito, e não como um conjunto de técnicas voltadas a solucionar a lide.

A ata notarial é um instituto de grande potencial, mas ainda de pouca utilização prática. Espera-se, com esse artigo, aumentar a divulgação e reflexão acerca instituto, que tem o potencial de contribuir para um melhor acesso à justiça no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 8 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 7 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em: 6 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Brasília: Presidência da República, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm. Acesso em: 5 mar. 2018.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e registradores comentada**: lei n. 8.935/94. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoria da prova**. Campinas: Editora Minelli, 2004.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos**: teoria e prática. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral da Justiça. **Provimento nº 260/CGJ/2013**. Codifica os atos normativos da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais relativos aos serviços notariais e de registro. Belo Horizonte: Corregedoria-Geral da Justiça, 2013. Disponível em: <https://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/cpr02602013.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: Juspodium, 2017.

PEDROSO, Regina; LAMANAUSKS, Milton. **Direito notarial e registral**. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2013.

RODRIGUES, Felipe Leonardo; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. **Tabelionato de notas II**: atos notariais em espécie. São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção Cartórios).

SÃO PAULO (Estado). Corregedoria Geral da Justiça. **Normas de serviço**: cartórios extrajudiciais. São Paulo: Corregedoria Geral da Justiça, 1989. Tomo II.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Corregedoria Geral da Justiça. **Processo CGJ 73.298/2015**. São Paulo: Corregedoria Geral da Justiça, 2015. Disponível em: <https://www.portaldori.com.br/2016/02/04/cgjsp-tabeliao-de-notas-pedido-de-retificacao-de-escritura-publica-erro-de-qualificacao-que-configura-erro-material-hipotese-que-se-enquadra-no-item-53-e-subitem-53-1/>. Acesso em: 3 mar. 2018.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Corregedoria Geral da Justiça. **Provimento CG nº 31/13**. Regulamenta a formação extrajudicial de cartas de sentença, a partir dos autos judiciais originais, ou do processo judicial eletrônico, pelos tabeliães de notas. São Paulo: Corregedoria Geral da Justiça, 2013. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2013/11/art20131107-10.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2018.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **La prueba judicial**: reflexiones críticas sobre la confirmación procesal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

Como citar: SILVA, Nelson Finotti; KIRIHATA, Renan. Ata Notarial. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 1, p. 10-24, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p10. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 04/06/2017.

Aprovado em: 03/10/2018.

**A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL NORTE-AMERICANA
NA JURISDIÇÃO COMERCIAL DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL
DO COMÉRCIO A PARTIR DO CASO *WTO-OSC/DS267 -
UPLAND COTTON***

NORTH AMERICAN INTERNATIONAL RESPONSIBILITY IN THE
TRADE JURISDICTION OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION
FROM THE CASE WTO-OSC/DS267 - UPLAND COTTON

* Doutor em Direito em 2019 pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
Mestre em Direito em 2014 pela Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)
Especialista em Direito em 2011 pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)
Graduado em Direito em 2008 pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)
E-mail: flavio.bruno@msn.com

** Doutor em Direito em 2007 pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
Mestre em Direito em 2002 pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
Graduado em Direito em 2000 pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
E-mail: vauthierborges@gmail.com

*** Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP)
Mestra em Filosofia do Direito em 1979 pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ)
Graduada em Direito em 1975 pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
E-mail: marildarosado@gmail.com

Flávio Marcelo Rodrigues Bruno*
Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo**
Marilda Rosado de Sá Ribeiro***

Como citar: BRUNO, Flávio Marcelo Rodrigues; MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. A Responsabilidade Internacional Norte-Americana na Jurisdição Comercial da Organização Mundial do Comércio a Partir do Caso WTO-OSC/ds267 – Pland Cotton. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 25-40, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p25. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente trabalho tem como pano de fundo das discussões apresentadas, a análise assentada nas reflexões sobre a responsabilidade internacional do Estado e as jurisdições internacionais, recaindo sobre a responsabilidade internacional norte-americana na jurisdição comercial da Organização Mundial do Comércio (OMC), a partir do caso *WTO-OSC/DS267 - Upland Cotton*. É inevitável afirmar que sempre existirão conflitos de interesses nacionais sujeitos às regras comerciais reconhecidas internacionalmente, o que leva à necessidade dos organismos internacionais efetivarem um mecanismo de harmonização, através da tomada de decisões calcadas na regulamentação do comércio internacional, considerando que a obrigação que um Estado tem com o outro de reparar o dano que causou está consagrada como um princípio do Direito Internacional Público. Os princípios gerais de direito internacional se aplicam à OMC e a seus acordos. Nesse sentido, a relação de responsabilidade internacional no Sistema de Soluções de Controvérsia (SSC) da OMC, transcende as partes envolvidas numa disputa, pois diz respeito a todos os membros da OMC.

Palavras-chave: OMC. Upland Cotton. Responsabilidade internacional. Jurisdição internacional.

Abstract: The present work has as background the discussions presented,, the analysis based on the reflections on the international

responsibility of the State and international jurisdictions, on the international responsibility of the United States in the commercial jurisdiction of the World Trade Organization, from WTO-OSC/DS267 - Upland Cotton. It is inevitable to state that there will always be national conflicts of interest subject to internationally recognized trade rules, which leads to the need for international organizations to implement a harmonization mechanism through the taking of decisions based on the regulation of international trade., considering that the obligation that a State has with the other to repair the damage it caused is consecrated as a principle of Public International Law. The general principles of international law apply to the WTO and its agreements. In this sense, the relationship of international responsibility in the WTO Dispute Settlement System - SSC transcends the parties involved in a dispute as it concerns all WTO members.

Keywords: WTO. Upland cotton. International responsibility. International jurisdiction.

INTRODUÇÃO

A ordem econômica mundial e o atual cenário do comércio internacional entre as nações prima pelo livre comércio e pela ampla interação entre as economias, que somente serão possíveis se houver uma verdadeira cooperação entre os países, uma efetiva aplicação da regulamentação internacional e o exercício do livre acesso aos mercados.

Nesse sentido, é inevitável afirmar que sempre existirão conflitos de interesses nacionais sujeitos às regras comerciais reconhecidas internacionalmente, o que leva à necessidade dos organismos internacionais efetivarem um mecanismo de harmonização, através da tomada de decisões calcadas na regulamentação do comércio internacional.

No âmbito do mercado entre nações, a *Organização Mundial do Comércio (OMC)* é quem se destina ao cumprimento deste papel, e para obter êxito na regulamentação do comércio mundial, tem como um dos seus principais órgãos, e certamente de fundamental importância, o *Sistema de Solução de Controvérsias (SSC)*, entidade responsável pelo encaminhamento da negociação, pela tentativa de conciliação e pelo exame das reclamações decorrentes das relações comerciais internacionais entre as nações.

Neste órgão, é emblemático o caso dos subsídios do algodão, *WTO-OSC/DS267: Upland Cotton*, um dos exemplos que bem demonstra a eficácia da atuação do SSC como jurisdição internacional para dirimir as controvérsias de natureza comercial entre os países-membros, pois, neste caso, os Estados Unidos da América foram condenados a revisar as suas políticas de subsídios, concedidas ao referido setor agrícola.

Argumenta Jackson (2000, p. 6) que “os relatórios do *painel* de apelação do SSC da OMC parecem reforçar fortemente a orientação normativa do sistema”. Eles também reforçam o conceito que os princípios gerais de direito internacional se aplicam à OMC e aos seus acordos. Afirma, nesse sentido, Lafer (1998) de que a relação de responsabilidade internacional, no SSC da OMC, transcende as partes envolvidas numa disputa, pois diz respeito a todos os membros da OMC. E completa:

Com efeito, se a responsabilidade internacional é uma resposta a uma ruptura do equilíbrio de direitos e obrigações, e se a resposta exclui como remédio a obrigação de reparar através de compensação – negociada entre as partes diretamente envolvidas – por força de uma prioridade axiológica conferida ao interesse de todos os estados-membros na função da legalidade, estaríamos aí diante de uma diversificação muito ampliada de responsabilidade internacional (LAFER, 1998, p. 134).

Acrescenta Mavroidis (2003, p. 241) que “uma decisão de um órgão adjudicante abrange normalmente três elementos: (i) uma declaração da ilegalidade do ato em questão; (ii) o remédio jurídico apropriado; e (iii) alguma forma de garantia de não-repetição.”

A análise deste trabalho, assentada nas reflexões sobre a responsabilidade internacional do Estado juntamente com as jurisdições internacionais, recai sobre a responsabilidade internacional

norte-americana, na jurisdição comercial da OMC, no caso *WTO-OSC/DS267 - Upland Cotton*; considerando-se que a obrigação que um Estado tem com o outro de reparar o dano que causou está consagrada como um princípio do Direito Internacional Público. Conforme Brownlie (1963, p. 34): “é um princípio de direito internacional, e até mesmo uma concepção geral do direito, que qualquer violação de um compromisso envolve uma obrigação de fazer reparação”.

1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DEFINIÇÃO DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

O Direito Internacional, em especial sua esfera pública, é frequentemente associado a dificuldades referentes à eficácia de suas normas. A aplicação das normas internacionais é peculiar, em vista de fatores como a complexidade da sociedade internacional, a inexistência de um poder mundial que, a exemplo do Estado, esteja encarregado de impor a observância dos dispositivos do Direito das Gentes, e o fato de que os mecanismos internacionais de solução de controvérsias nem sempre têm jurisdição automática sobre os Estados, dependendo destes para existir e de sua anuência para julgá-los. Isso não significa que o Direito Internacional não disponha de meios que permitam que os violadores das normas internacionais respondam pelos ilícitos que cometam. (NOLTE, 2002).

Um dos institutos vinculados à aplicação de sanções pelo descumprimento de preceitos do Direito das Gentes é o da responsabilidade internacional, pelo qual o Estado ou organização internacional que descumpriu norma internacional e causou dano a outro sujeito de Direito Internacional deve reparar o prejuízo causado. O instituto que visa a responsabilizar determinado Estado pela prática de um ato atentatório ao Direito Internacional ilícito perpetrado contra outro Estado, prevendo certa reparação a este último pelos prejuízos e gravames que injustamente sofreu. (PELLET, 2010)

A noção de responsabilidade internacional remonta ao conceito geral de responsabilidade, definido por Soares (2002) como “uma obrigação jurídica de reparar um mal físico ou moral, causando a outrem, pessoa física ou jurídica, inclusive a própria sociedade, mal esse resultante de um ato ilícito ou de uma conduta lícita, porém perigosa” (SOARES, 2002, p. 160). Há que se considerar, não só os danos causados por atos ilícitos mas também por certos atos lícitos, que reúnem o potencial de causar dano a outros atores internacionais.

Nas relações internacionais, como em outras relações sociais, a invasão da esfera jurídica de um sujeito de Direito por outra pessoa jurídica gera responsabilidade que reveste várias formas definidas por um sistema jurídico particular. A responsabilidade internacional é normalmente considerada, a propósito dos Estados, como sujeitos comuns de Direito (BROWLIE, 1997; PELLET, 2010). Qual a importância de um mecanismo mais ou menos institucionalizado de responsabilização do Estado na esfera do Direito Internacional? Para doutrinadores de referência o Direito Internacional seria embrionário, justamente por não ter muito bem estruturado um sistema de responsabilização, o que leva a negação do próprio Direito Internacional.

Cabe uma colocação essencial de Mello (2004, p. 177), no sentido de que:

[...] a instituição da responsabilidade internacional tem como pressuposto a ideia de sujeito de direito, isto é, aquele que tem direitos e deveres perante a ordem jurídica internacional. Assim sendo, a aceitação da personalidade, pelo menos, no sentido moderno desse instituto. O Estado por ser uma pessoa jurídica sujeito de Direito Internacional Público possui direitos fundamentais, o que corresponde a existência de deveres. É a violação de uma norma jurídica internacional que tem o Estado como seu destinatário que é o principal elemento da responsabilidade.

No âmbito da ordem jurídica internacional, várias foram as tentativas de consolidação da responsabilidade dos Estados, no intuito de fixar normas convencionais sobre os conceitos básicos de responsabilidade internacional. Mas a responsabilidade internacional continua a ser um instituto consuetudinário.

A responsabilidade jurídica pode ser compreendida como uma imputabilidade a um sujeito de direito dos efeitos do ordenamento jurídico ao qual está submetido, quando sucede de se violar as normas postas e de gerar dano a outrem, terceiro, ou não nessa relação. O termo responsabilidade transmite o conceito de existência de um direito para determinada resposta, em face da violação da norma jurídica.

[...] a responsabilidade internacional apresenta características próprias em relação à responsabilidade no direito interno: a) ela é sempre uma responsabilidade com a finalidade de reparar o prejuízo; o Direito Internacional praticamente não conhece a responsabilidade penal (castigo etc.); b) a responsabilidade é de Estado a Estado, mesmo quando é um simples particular a vítima ou o autor do ilícito; é necessário, no plano internacional, que haja o endosso da reclamação do Estado nacional da vítima, ou ainda, o Estado cujo particular cometeu o ilícito é que virá a ser responsabilizado. (MELLO, 2004, p. 179)

A respeito das divergências doutrinárias acerca da matéria, têm-se apresentado as seguintes condições para que se verifique a responsabilidade do Estado no plano internacional: a violação de uma regra jurídica de caráter internacional; que a transgressão da regra ocasione um dano; que a ofensa seja imputável ao Estado. Soares (2002), alargando a discussão, registra que para se configurar um dever de reparação de dano no Direito Internacional é necessária a ocorrência dos seguintes elementos: um comportamento em violação de um dever internacional, sempre imputável a um ou mais Estados, denominado ilícito internacional, consistente numa ação ou omissão; a existência de um dano físico ou moral, causado a outros Estados, à sua integridade territorial ou aos bens a estes pertencentes ou, ainda, às pessoas ou propriedades dos nacionais destes; um nexo de causalidade normativa entre dano e ilícito, o qual institui um dever de reparar o seu autor, criando ao ofendido um direito subjetivo de exigir uma reparação (PELLET, 2010; TREVES, 2005).

O instituto da responsabilidade internacional tem caráter patrimonial e moral e, em geral, não se reveste de aspecto penal ou repressivo, não se aplicando, portanto, a todos os tipos de

violação do Direito Internacional. Amaral Júnior (2002) se refere à responsabilidade internacional como responsabilidade civil do Estado no Direito Internacional Público. Bregalda (2011) lembra que a responsabilidade internacional não se confunde com a responsabilidade penal internacional, que é pessoal e que é voltada a combater a violação dos tipos penais internacionais como os chamados “crimes de guerra” e os “crimes contra a humanidade”, ao passo que a responsabilidade internacional é institucional e visa garantir que os prejuízos pelas transgressões das normas de Direito das Gentes em geral recebam a reparação cabível.

A responsabilização do Estado ou da organização internacional pode ser reclamada por intermédio de mecanismos de solução de controvérsias existentes no cenário internacional, que incluem desde meios diplomáticos a órgãos jurisdicionais, que poderão apurar a imputabilidade do ato e determinar a forma de reparação cabível. Também, os Judiciários nacionais dos entes estatais e organismos internacionais (TREVES, 2005).

O instituto da responsabilidade internacional visa garantir o cumprimento das obrigações com as quais os Estados e os organismos internacionais livremente se submeteram quando se vincularam aos tratados. O instituto busca reparar um prejuízo, não punir um Estado ou uma organização internacional, tendo, portanto, “finalidade reparatória” e “natureza civil” (DEL’OLMO, 2006).

Com essas considerações, percebe-se que a responsabilidade internacional é um dos mecanismos jurídicos basilares do Direito Internacional, que envolve tanto os entes políticos quanto os seus representados. Trata-se de uma técnica fundamental de sanção pela não aplicação das normas internacionais pelo Estado, que observa a lógica de que o ente público civilmente responsável pela prática de um ato ilícito, segundo o Direito Internacional, deve ao Estado ao qual tenha causado o dano uma reparação adequada. (TREVES, 2005)

2 SOBRE A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

A ordem econômica mundial e o atual cenário do comércio internacional entre as nações primam pelo livre comércio e pela ampla interação entre as economias, que somente serão possíveis se houver uma verdadeira cooperação entre os países, uma efetiva aplicação da regulamentação internacional e o exercício do livre acesso aos mercados. Nesse sentido, é inevitável afirmar que sempre existirão conflitos de interesses nacionais sujeitos às regras comerciais reconhecidas internacionalmente, o que leva à necessidade dos organismos internacionais efetivarem um mecanismo de harmonização, seja através da mediação e da conciliação ou da tomada de decisões calcadas na regulamentação do comércio internacional.

No âmbito do mercado entre nações, a OMC é quem se destina ao cumprimento deste papel e, para obter êxito na regulamentação do comércio mundial, tem como um dos seus principais órgãos, e certamente de fundamental importância, o SSC, sendo esta a entidade responsável pelo encaminhamento da negociação, pela tentativa de conciliação e pelo exame das reclamações

decorrentes das relações comerciais internacionais entre as nações.

Para que seja possível um equilíbrio no comércio internacional, é necessário que a regulação existente na OMC seja compartilhada por todos, e aqueles que sintam-se prejudicados tenham a possibilidade de recorrer à revisão do regulamento ou das ações de determinada nação que se beneficia das regras ou da falta de reconhecimento ou aplicação destas em suas ações (BECHARA; REDENSCHI, 2001). Nesse sentido, o SSC é fruto da concepção de que um conflito comercial entre nações é resolvido com base nas normas estabelecidas pela OMC, e com vistas ao aprimoramento e à liberalização do comércio internacional (BRUNO, 2014).

O SSC representa o instrumento utilizado pelas nações da OMC quando acreditam que outras economias estão violando ou não considerando as regras que regem o comércio mundial. Assim, recorrem ao SSC, na figura de reclamantes, os países que se sentem prejudicados, buscando a suspensão das práticas consideradas prejudiciais ao comércio e que provocam desequilíbrios no mercado mundial. Em casos nos quais os prejuízos não cessem, mesmo com a decisão da OMC para suspensão das ações prejudiciais, o país reclamante pode solicitar a autorização para a adoção de retaliações comerciais no exercício de seus direitos compensatórios, que recairão sobre a nação demandada (BECHARA; REDENSCHI, 2001).

Enquanto as negociações no sistema do multilateralismo econômico encontram-se sem qualquer solução, ao menos momentaneamente, o SSC da OMC passou a desempenhar papel decisivo e preponderante, buscando um comércio internacional mais justo e equilibrado, tornando-se um foro legítimo e democrático em que as questões pertinentes às condutas adotadas pelos Estados que violam as regras do comércio, podem ser debatidas (WINTER; GOMES, 2010).

O SSC trata de temas afetos às práticas comerciais desleais dos Estados com a finalidade de falsear a concorrência no mercado internacional, representadas por atos que restringem a competitividade mundial dos produtos, tais como: a imposição de barreiras aduaneiras não tarifárias, práticas de *dumping*, concessão de subsídios indiscriminados com a finalidade de incentivar a indústria local, proibição de importação de determinados produtos condicionados à sua espécie ou quantidade (WINTER; GOMES, 2010).

A maioria das controvérsias advém da adoção de uma determinada política ou prática comercial considerada como violadora dos acordos de comércio internacional regulamentados pela OMC, como é o caso da prática de subsídios à produção e dos subsídios à exportação. Ressalte-se que é evidente a existência de uma nação prejudicada, que figura como reclamante, e uma nação que seria a beneficiária de tais políticas ou práticas, que figura como parte demandada. No entanto, as regras do SSC compreendem que quaisquer outros países que se julgarem interessados na disputa comercial instaurada podem requerer a sua participação na condição de terceiros interessados na disputa, desde que comprovados os reflexos do caso sobre as suas economias (OMC, 2007).

Na estrutura do SSC, descreve Bruno (2014), está um órgão decisório denominado de Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) e dois órgãos técnicos, o *Painel* e o Órgão de Apelação. Os primeiros são comitês de especialistas responsáveis pela elaboração de um parecer sobre a questão objeto da controvérsia. No parecer, os especialistas atestam se a nação demandada

descumpriu ou não as obrigações internacionais, as quais foram apontadas pela nação reclamante como tendo sido violadas. No segundo, é formado um colegiado responsável pela elaboração de pareceres sobre as questões jurídicas vinculadas ao objeto da disputa. Tais pareceres têm a finalidade de rever as decisões do *Painel*, quando uma ou ambas as partes recorrem de tal decisão.

A solução de controvérsias na OMC possui cinco fases, a primeira anterior à estruturação do SSC, a segunda ocorre no *Painel*, a terceira junto ao Órgão de Apelação, e a quarta e a quinta são de implementação da decisão e estão ligadas ao OSC. As fases são descritas por Bruno (2014, p. 120-125) como:

I) consultas: onde o país-Membro reclamante solicita, formalmente, ao país-Membro reclamado, esclarecimento sobre a questão objeto da controvérsia, esta fase segue os moldes das regras nacionais sobre subsídios e medidas compensatórias. As partes iniciam uma discussão sobre o tema em disputa. O objetivo é propiciar um acordo com o objetivo de restabelecer o equilíbrio comercial anterior. II) painel: se não chegarem a um acordo, nesta fase o país reclamante solicita a emissão de um relatório contendo o parecer do OSC sobre o objeto da controvérsia. III) apelação: qualquer uma das partes pode apelar da decisão do painel, cabendo ao Órgão de Apelação apresentar relatório com sua decisão sobre a questão que objeto da apelação. IV) implementação: caso seja reconhecida a procedência da reclamação, o país demandado deve implementar a recomendação do OSC, alterando suas práticas ou políticas comerciais prejudiciais ao comércio entre as nações. V) retaliações: se o país demandado não adotar, em um prazo razoável, as medidas fixadas na decisão do OSC, o país-Membro reclamante pode solicitar autorização para a suspensão de concessões comerciais, isto é, na prática poderá impor medidas de retaliação comercial, como exercício dos seus direitos de compensação pela prática de subsídios à produção ou exportação no âmbito do comércio internacional.

O SSC é fruto da concepção de que um conflito comercial entre nações é resolvido com base nas normas estabelecidas pela OMC, e com vistas ao aprimoramento e à liberalização do comércio internacional. Representa o instrumento utilizado pelos países-membros da OMC quando acreditam que outras nações estão violando ou não considerando as regras que regem o comércio mundial. Assim, recorrem ao SSC, na figura de reclamantes, os países que se sentem prejudicados, buscando a suspensão das práticas consideradas prejudiciais. Em casos nos quais os prejuízos não cessam mesmo com a decisão da OMC para suspender as ações prejudiciais, o país reclamante solicita a autorização para a adoção de retaliações comerciais que recairão sobre a nação demandada (BECHARA; REDENSCHI, 2001).

Ressalte-se a existência de uma nação prejudicada, que figura como reclamante, e uma nação que seria a beneficiária de tais políticas ou práticas, que figura como parte demandada. Mas quaisquer outros países, que se julgarem interessados na disputa comercial instaurada, podem requerer a sua participação na condição de terceiros interessados na disputa, desde que comprovados os reflexos do caso sobre sua economia (BRUNO, 2014).

Geralmente, as controvérsias surgem quando uma nação adota uma determinada

política ou prática comercial considerada como violadora dos acordos de comércio internacional regulamentados pela OMC, como é o caso da prática de subsídios domésticos à produção e dos subsídios à exportação, como ocorreu no *WTO-OSC/DS267: Upland Cotton*, que envolveu a concessão de subsídios à produção e à exportação do algodão nos Estados Unidos.

3 *WTO-OSC/DS267*: A POLÍTICA ECONÔMICA DE CONCESSÃO DE SUBSÍDIOS À PRODUÇÃO E À EXPORTAÇÃO DO ALGODÃO NOS ESTADOS UNIDOS

Para Winter e Gomes (2010, p. 2289), o emblemático caso dos subsídios do algodão, *WTO-OSC/DS267: Upland Cotton*, é um dos exemplos que bem demonstram a eficácia da atuação do

OSC como jurisdição internacional para dirimir as controvérsias de natureza comercial entre os países-membros, pois, neste caso, os Estados Unidos da América, foram condenados à revisar a sua política de subsídios concedidos ao referido setor agrícola.

A atividade agrícola nos Estados Unidos é intensa e o setor é tratado como estratégico para a política econômica norte-americana. Explicam Collins-Williams e Salembert (1996), que as características da produção agrícola do país mudaram radicalmente na década de 1930, a partir do aumento do intervencionismo do governo norte-americano. O início das mudanças ocorreu quando, dentre os vários programas que integraram o *New Deal* - série de programas implementados nos Estados Unidos entre 1933 e 1937 sob o governo de Franklin Roosevelt, que tinham por objetivo recuperar e reformar a economia norte-americana e assistir os prejudicados pela Grande Depressão - foram criados os programas de subsídios à produção de *commodities*, termo genérico que define produtos de base que podem ser estocados por determinado período de tempo sem que percam a qualidade. Nas relações comerciais internacionais, o termo designa um tipo particular de mercadoria em estado bruto ou produto primário de importância comercial, como o café, o algodão, o milho, o trigo e produtos agrícolas em geral.

Mais da metade do território norte-americano é utilizado pela agricultura, mais fortemente pela de cereais, e pela criação de gado. Embora o trigo e o milho sejam primários, vários tipos de frutas e legumes são cultivados em áreas férteis e litorâneas. Apesar da abundância de terras cultiváveis, como podemos verificar na figura, de acordo com o *United States Department of Agriculture (USDA)*, o manejo inadequado do solo tem provocado a perda de áreas de plantio para os produtos mais competitivos do país. (DURAIAPPAH, 2003)

A Lei Agrícola norte-americana, assim como outras propostas legislativas, tem se tornado cada vez mais complicada e politicamente sensível. Em relação à regulamentação do setor agrícola norte-americano, o *Agricultural Act of 1949* (Lei Agrícola) e o *Agricultural Adjustment Act of 1938* (Lei de Ajuste Agrícola) constituem as regulações de *permanent law's* (leis permanentes) que determinam o volume do apoio de preço por *commodity* e o apoio à renda do produtor. Existem

constantes alterações denominadas de *farm bills* (lei agrícolas), sempre temporárias e que expiram entre quatro e seis anos, que são editadas pelo Congresso norte-americano, que suspendem o que regula os diplomas de 1938 e 1949 e servem apenas para programas específicos (CHEREM, 2003).

Diversas políticas agrícolas adotadas no início da década de 1980, como o *Food Security Act of 1985* (Lei de Segurança Alimentar de 1985), iniciaram o progresso em direção a uma maior liberalização do setor e redução de distorções de mercado. Na década de 1990, o *Federal Agriculture Conservation and Trade Act of 1990* (Lei de Conservação e Comércio Agrícola) e o *Federal Agricultural Improvement and Reform Act of 1996* (Lei de Reformas e Melhorias Agrícolas) deram continuidade a uma maior flexibilidade e redução dos incentivos à produção agrícola. Contudo, face ao colapso dos preços das *commodities* agrícolas em 1998, o Congresso norte-americano editou diversas *farm bill's* que asseguravam a renda dos produtores, dando início a um processo contrário ao surgido em 1985 (CHEREM, 2003). O *Farm Security and Rural Investment Act of 2002* (Lei de Segurança e Investimento Rural) autorizava o pagamento de várias *commodities*. Os principais beneficiados foram: trigo, milho, algodão, arroz, soja e açúcar. Esse se tornava o indicativo de que a política agrícola norte-americana assumia uma posição protecionista com relação ao setor (BLIACHERIENE, 2003).

O *Food, Conservation and Energy Act of 2008* (Lei de Conservação da Energia) teve vigência até 2012 e não implicou modificações substanciais nos mecanismos de apoio à agricultura, ademais, prevê um aumento no volume de apoio. A regulamentação norte-americana de 2008 a 2012, não apenas manteve a estrutura de subsídios domésticos adotada na *farm bill* de 2002, como foi ainda mais distorciva, na medida em que previa um aumento no volume de subsídios ao setor agrícola, inclusive no que se refere aos subsídios destinados à exportação no setor.

A *American Taxpayer Relief Act of 2012* (Lei de Apoio ao Contribuinte Americano) substituiu a legislação anterior até o recente advento da *Federal Agriculture Reform and Risk Management Act of 2013* (Lei da Reforma e do Risco na Gestão Agrícola Federal) que acabou com subsídios condenados pela OMC, mas criou outros que podem ser tão ou mais nocivos ao comércio internacional. Os Estados Unidos aumentaram a ajuda governamental passando a arcar com 80% do custo do seguro das safras de algodão e 65% das de soja e outros grãos. A parcela da renda garantida pelos seguros também cresceu. Antes, se desse tudo errado numa safra de soja ou de milho, o agricultor receberia 70% da renda esperada. Com o advento da nova *farm bill*, receberá 86%, faça chuva ou faça sol, ou mesmo se os preços mundiais despencarem. A renda garantida do algodão será ainda maior: subiu de 70% para 90%. Estes programas passam a eliminar riscos em demasia e passam a estimular a oferta, mesmo sem aumento da demanda. Com a produção elevada artificialmente, os ciclos naturais de preços baixos se estendem por mais tempo, o que prejudica produtores de países que não contam com as mesmas políticas estratégicas ao setor.

O caso dos subsídios do algodão, *WTO-OSC/DS267: Upland Cotton*, iniciado em setembro de 2002 com o pedido de consultas por parte do Brasil, envolveu o questionamento de subsídios concedidos pelos Estados Unidos à produção e à exportação de algodão. Foram questionados dentre os subsídios específicos, que podem ser para a produção ou exportação, duas categorias à

sua prática, sendo a primeira sobre subsídios proibidos e a segunda sobre subsídios recorríveis.

Explica Bruno (2015) que, em março de 2005, o SSC adotou os relatórios do *Painel* e do Órgão de Apelação. As decisões adotadas no contencioso condenaram amplamente os subsídios norte-americanos, tanto com relação aos subsídios proibidos, como no tocante aos subsídios acionáveis. No que diz respeito aos subsídios proibidos, o *Painel* e o Órgão de Apelação consideraram que três programas de garantias de crédito à exportação – *GSM 102*, *GSM 103* e *SCGP* – configuravam subsídios à exportação, aplicados de forma incompatível com os compromissos dos Estados Unidos perante o *Acordo sobre a Agricultura (AsA)*, no âmbito da OMC, não somente com relação ao algodão mas a um conjunto mais amplo de produtos agrícolas. Julgou-se que tais subsídios eram ilegais, tanto de acordo com o *AsA*, como com o *Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC)*, acordos que são complementares na disposição das regras em relação ao comércio agrícola mundial. Como resultado, os Estados Unidos deveriam retirar os subsídios sem demora, até o prazo máximo de julho de 2005 (OMC, 2010).

De acordo com Bruno (2015), em relação aos subsídios acionáveis, o *Painel* e o Órgão de Apelação consideraram três programas de subsídios ao algodão norte-americano: o primeiro é o *Marketing Loan Program*, que garante aos produtores uma renda de 52 centavos de dólar por libra-peso da produção de algodão. Se os preços ficarem abaixo desse nível, o Governo norte-americano completa a diferença. É o mais importante subsídio doméstico concedido pelo Governo norte-americano ao algodão. O segundo trata-se do *Counter-Cyclical Payments*, realizado tendo como parâmetro o preço de 72,4 centavos de dólar por libra-peso. Tais recursos custeiam a diferença entre os 72,4 centavos de dólar por libra-peso (*target price*) e o preço praticado no mercado ou o valor de 52 centavos de dólar por libra-peso (*loan rate*), o que for mais alto. E o terceiro programa é o *Step 2*, caracterizado por pagamentos feitos aos exportadores e aos consumidores (indústria têxtil) norte-americanos de algodão para cobrir a diferença entre os preços do algodão norte-americano (mais altos) e os preços do produto no mercado mundial, aumentando dessa forma a competitividade do algodão norte-americano.

Na análise do contencioso comercial entre Brasil e Estados Unidos na OMC, o *WTO-OSC/DS267: Upland Cotton* (OMC, 2010) comprovou que todos os programas de subsídio ao algodão causam prejuízos graves ao Brasil, tendo gerado supressão significativa dos preços da *commodity* no mercado internacional, violando os acordos internacionais sobre matéria agrícola e sobre a prática de subsídios. Em decorrência, os Estados Unidos deveriam remover os efeitos adversos causados por esses subsídios ou eliminar os subsídios até setembro de 2005.

Explica Bruno (2015), que vencidos os prazos para que os Estados Unidos dessem cumprimento às decisões do SSC, o Brasil solicitou, em dois pedidos separados, apresentados em julho e em outubro de 2005, autorização para retaliar em um montante total de cerca de US\$ 4 bilhões, por ano. No entanto, com a indicação de que poderiam ocorrer avanços no processo de implementação da decisão por parte dos Estados Unidos, o Brasil concordou em suspender os procedimentos de arbitragem iniciados para definição dos valores de retaliação. Até o momento, as medidas de implementação norte-americanas, no que se refere aos subsídios acionáveis, limitam-

se à eliminação do programa *Step 2*, a partir de agosto de 2006. Os principais programas de apoio interno – *Marketing Loan* e *Counter-Cyclical Payments* permanecem concedendo subsídios ao setor.

Na ocasião da decisão de 2005, o Brasil foi liberado para impor medidas de retaliação comercial porque os americanos se comprometeram a eliminar os subsídios – o que não ocorreu. Diante do escopo limitado das medidas de implementação adotadas pelos Estados Unidos, e havendo transcorrido o prazo estabelecido para cumprimento das determinações do SSC, o Brasil decidiu solicitar a conformação de um painel de revisão na OMC. O intuito era o de examinar a adequação do processo de implementação da redução gradual e eliminação dos subsídios ao algodão, que, de acordo com os Estados Unidos, foram implementadas (BRUNO, 2015).

No segundo semestre do ano de 2009, a OMC autorizou o governo brasileiro a exercer seus direitos compensatórios em função da prática de subsídios à agricultura do algodão, por parte dos Estados Unidos, aplicando medidas de retaliação comercial no âmbito do comércio entre as nações. O valor total da retaliação autorizado pela OMC ao Brasil equivale a US\$ 829 milhões anuais, é o segundo maior já concedido pela SSC da OMC. O Brasil anunciou que exercerá seus direitos compensatórios a partir do aumento das tarifas de importações para diversos produtos norte-americanos, por um montante equivalente a US\$ 591 milhões, por ano. A lista inclui mais de uma centena de produtos importados dos Estados Unidos. (OMC, 2010) O maior grupo afetado pela retaliação em quantidade de produtos é o de alimentos, com 16 produtos. Aparelhos eletrônicos, de higiene e limpeza terão 14 produtos retaliados. As novas tarifas valem por um ano, mas ainda podem sofrer alterações (OMC, 2010).

Para o algodão e os produtos derivados da *commodity*, a tarifa à importação aumenta em 100%. Contudo, o interessante é que na lista estão incluídos produtos de outras *commodities* agrícolas que não possuem nenhuma conexão com o setor do algodão como: peras, cerejas, ameixas, que sofrerão tarifas de importação fixadas em 30%; e também setores não agrícolas como o de remédios com o analgésico paracetamol, em 28%; produtos de higiene e beleza como cremes, produtos para os lábios, águas de colônia e lâminas, em 36%; e outros industrializados como: leitores de códigos de barras, em 22%; fones de ouvido, em 40%; óculos de sol, em 40%; e veículos de até mil cilindradas, em 50%. Mas, sem dúvidas, o fator mais relevante deste caso é a decisão da OMC em conceder ao Brasil o direito de aplicar medidas compensatórias por meio da retaliação cruzada, que interfere em outros setores da economia que não a agricultura, no valor de US\$ 238 milhões anuais (OMC, 2010).

Como regra geral, a aplicação de medidas de retaliação recai sobre o mesmo setor objeto da controvérsia comercial, mas, no caso da nação reclamante demonstrar que os direitos compensatórios exclusivamente aplicados ao setor seriam ineficientes, a OMC permite que sejam adotadas medidas de compensação via retaliação cruzada. Ou seja, mesmo o Brasil aplicando o aumento tarifário aos produtos listados anteriormente, a nação demonstrou que as retaliações não alcançariam o dano sofrido pela economia brasileira, assim solicitou e foi autorizada a exercer o direito compensatório em outros setores econômicos, nos termos dos seus respectivos acordos. É o

que ocorre com o setor de serviços, regulado pelo *Acordo Geral sobre Serviços (GATs, em inglês)* e os direitos de propriedade intelectual em âmbito do comércio internacional, regulados pelo *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPs, em inglês)*, o que afetaria setores estratégicos como o de desenvolvimento de *softwares*, bioquímicos, biotecnológicos e energéticos, entre outros.

A política comercial do Brasil ainda não implementou as medidas de retaliação previstas na decisão da OMC. Ocorre que a nova *farm bill* dos Estados Unidos, a *Federal Agriculture Reform and Risk Management Act of 2013*, está vinculada à resolução do contencioso do algodão na OMC. Em 2010, ambos os países assinaram um acordo temporário como compromisso que postergava a retaliação. Assim, foi estabelecido que US\$ 147,3 milhões seriam pagos pelos Estados Unidos ao *Instituto Brasileiro de Algodão (IBA)* até que a nova *farm bill* fosse aprovada, muito embora este compromisso não venha a reparar os danos causados à economia brasileira em função da prática de subsídios ao algodão por parte dos Estados Unidos. No entanto, mesmo o Brasil considerando a retaliação como forma de estabelecer o comércio internacional, não como a mais eficiente, após nove anos de disputa que resultaram em acordos não cumpridos e sem alternativas, o governo brasileiro considerou a efetivação deste mecanismo de defesa comercial, ao menos para a sede de jurisdição internacional da OMC e para responsabilização do Estado norte-americano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou a mais recente política econômica para a agricultura dos Estados Unidos em relação às determinações da OMC sobre o contencioso do algodão - *WTO-OSC/DS267 – Uppland Cotton*. A decisão da OMC sobre o caso comprovou que a política econômica norte-americana de utilização dos subsídios, em especial os concedidos à agricultura, constituem-se em prática protecionista que interfere de modo negativo no comércio internacional.

Na análise do contencioso ficou comprovado que a política norte-americana de subsídios ao algodão causa prejuízos graves ao Brasil, viola acordos internacionais sobre matéria agrícola e prática de subsídios. Em decorrência, os Estados Unidos deveriam remover os efeitos adversos causados por esses subsídios. A OMC autorizou o governo brasileiro a exercer seus direitos compensatórios em função da prática de subsídios ao cultivo do algodão por parte dos Estados Unidos, aplicando medidas de retaliação comercial no âmbito do comércio entre as nações.

O recente advento da política agrícola, apesar de prever gastos com pagamentos diretos três vezes menores do que o previsto pela política europeia, a nova lei agrícola dos Estados Unidos vai distorcer os mercados internacionais em razão dos programas específicos por produto e atrelados a preços ou garantia de renda. Esses programas são vinculados às oscilações de mercado: quanto menores os preços maiores serão os subsídios aos agricultores. Desta forma, os Estados Unidos continuarão provocando impactos negativos no mercado internacional, reduzindo preços por meio de aumento ou sustentação da produção nos Estados Unidos. A transferência dos pagamentos diretos para o seguro agrícola mantém o efeito distorcivo dos programas anteriores: o seguro

garante renda ao produtor em qualquer patamar de preço.

O principal foco do artigo foi demonstrar que os Estados Unidos, mesmo tendo sido responsabilizados em sede de jurisdição comercial internacional, continuaram provocando impactos negativos no mercado internacional, reduzindo preços por meio de aumento ou sustentação da produção nos Estados Unidos. A transferência dos pagamentos diretos para o seguro agrícola mantém o efeito distorcivo dos programas anteriores: o seguro garante renda ao produtor em qualquer patamar de preço. Os novos programas de subsídios à agricultura são ainda mais subsidiados, praticamente duplicando os valores dos dispêndios, deixando evidenciado que as alterações promovidas pela *farm bill* de 2014 são modestas e não atendem às determinações da OMC na decisão do contencioso do algodão entre Brasil e Estados Unidos - *WTO-OSC/DS267: Upland Cotton*.

A pesquisa concluiu que os subsídios à agricultura do algodão, núcleo do contencioso do *WTO-OSC/DS267: Upland Cotton*, acabam desequilibrando o comércio entre as nações e, como contrapartida a essa prática, é adotada a imposição de tarifas, que por sua vez também geram tensões no mercado mundial. O que vai gerar novamente um movimento de desequilíbrio no comércio internacional, levando os países a utilizarem instrumentos de política comercial na proteção de seus mercados, entre eles a própria concessão de subsídios em outros setores da economia, que por vezes não possuem relação com a agricultura, tornando a gerar conflitos que novamente podem configurar disputas comerciais a serem decididas pela OMC.

Como pano de fundo das discussões apresentadas, a análise deste trabalho assentou-se nas reflexões sobre a responsabilidade internacional do Estado e as jurisdições internacionais, exemplificadas através da responsabilidade internacional norte-americana face à jurisdição comercial da OMC no caso *WTO-OSC/DS267 - Upland Cotton*.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto. A proteção internacional dos Direitos Humanos. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 39, n. 155, p. 51-60, jul./set. 2002.

BECHARA, Carlos. H. T.; REDESCHI, Ronaldo. **A solução de controvérsias no Mercosul e na OMC**: o litígio Brasil x Argentina no Mercosul, o caso Embraer na OMC – Brasil x Canadá. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

BLIACHERIENE, Ana Carolina. Subsídios: efeitos, contramedidas e regulamentação – uma análise das normas nacionais e das normas da OMC. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito tributário internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 287-325.

BREGALDA, Gustavo. **Direito internacional público e direito internacional privado**. São Paulo; Saraiva, 2011.

BROWNLIE, Ian. **International law and the use of force by states**. Oxford: Oxford University Press, 1963.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BRUNO, Flávio Marcelo Rodrigues. **Direitos compensatórios no comércio agrícola internacional**: os efeitos dos instrumentos de defesa econômica no comércio internacional. North Charleston (USA): Amazon, 2015.

BRUNO, Flávio Marcelo Rodrigues. **Subsídios ao comércio agrícola internacional**: os impactos das políticas econômicas no comércio internacional. North Charleston (USA): Amazon, 2014.

CHEREM, Giselda S. **Organização mundial do comércio**: economia – direito – subsídio. Curitiba: Juruá, 2003.

COLLINS-WILLIAMS, Terry; SALEMBIER, Gerry. International disciplines on subsidies: the GATT, the WTO and the future agenda. **Journal of World Trade**, Geneva, v. 30, n. 1, p. 5-17, 1996.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de direito internacional público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DURAIAPPAH, Anantha K. **Trade-related subsidies**: briefing the north-south divide. Geneva: IISD, 2003.

JACKSON, John Howard. **The jurisprudence of GATT and the WTO**: insights on treaty law and economic relations. United Kingdom: Cambridge University Press, 2000.

LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional**: uma visão brasileira. Porto Alegre: Livraria de Advogado, 1998.

MAVROIDIS, Petros C. **Remédios no sistema jurídico da OMC**: entre um rochedo e um lugar difícil. *In*: DAL RI JÚNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria (org.). **Direito internacional econômico em expansão**: desafios e dilemas. Ijuí: Unijuí, 2003.

MELLO, Celso Albuquerque. **Direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NOLTE, Georg. From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: the classical international law of state responsibility and the traditional primacy of a bilateral conception of inter-state relations. **European Journal of International Law**, Oxford, v. 13, n. 5, p. 1083-1098, 2002.

OMC. **Annual report 2007**. Geneva: WTO, 2007.

OMC. **WTO/DS267**: upland cotton. Geneva: WTO, 2010. Disponível em: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds267_e.htm. Acesso em: 5 mar. 2019.

PELLET, Alain. The definition of responsibility in International Law. *In*: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. **The law of international responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 2010a.

PELLET, Alain. The ILC's articles on state responsibility. *In*: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. **The law of international responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 2010b.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2002.

TREVES, Tullio. The international law commission's articles on state responsibility and the settlement of disputes. *In*: RAGAZZI, Maurizio (ed.). **International Responsibility Today**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2005, p. 223-234.

WINTER, Luís Alexandre Carta; GOMES, Eduardo Biancchi. Direito econômico e democracia: os EUA, o sistema de solução de controvérsias da OMC e o caso do algodão (OSC – DS 267 – EUA). *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais** [...]. Florianópolis: Editora Boiteux, 2010.

Como citar: BRUNO, Flávio Marcelo Rodrigues; MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. A Responsabilidade Internacional Norte-Americana na Jurisdição Comercial da Organização Mundial do Comércio a Partir do Caso WTO-OSC/ds267 – Pland Cotton. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 1, p. 25-40, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p25. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 24/06/2018.

Aprovado em: 05/10/2018.

**O REDIMENSIONAMENTO DO CONCEITO DE ACESSO À
JUSTIÇA NO PARADIGMA DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL:
INFLUXOS DA TERCEIRA ONDA RENOVATÓRIA**

THE RESIZING OF THE CONCEPT OF ACCESS TO JUSTICE IN
THE CONSTITUTIONAL DEMOCRATIC PARADIGM: THE INFLUX
OF THE THIRD RENOVATORY WAVE

Geovana Faza da Silva Fernandes*
Marcelo Pereira de Almeida**

* Mestre em Direito em 2018 pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Especialista em Direito em 2008 pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Graduada em Direito em 2002 pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).
E-mail: geovanafaza@gmail.com

** Doutor em Sociologia e Direito em 2013 pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em Direito em 2007 pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Especialista em Direito Processual Civil em 2002 pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Especialista em Direito Tributário em 2002 pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Graduada em Direito em 2000 pela Universidade salgado de Oliveira (UNIVERSO).
E-mail: mpalmeida04@yahoo.com.br

Comocitar: FERNANADES, Geovana Faza da Silva; ALMEIDA, Marcelo Pereira de. O Redimensionamento do Conceito de Acesso à Justiça no Paradigma Democrático Constitucional: Influxos da Terceira Onda Renovatória. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 41-62, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p41. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Neste trabalho, propomos uma análise crítica dos conteúdos da garantia do acesso à justiça nos diversos paradigmas: liberal, social e democrático constitucional, e do modo como as mudanças de perspectivas impactam na concepção do papel do processo no cenário de resolução de disputas. Refletiremos, também, sobre alguns obstáculos ao acesso substancial, no paradigma contemporâneo, e sobre a alternativa buscada pelo Projeto Florença, em sua terceira onda renovatória, e pela Pound Conference, de 1976, para melhor viabilizar o acesso justo, propondo um modelo de justiça multiportas, ou seja, um fórum que disponibiliza aos jurisdicionados outros meios de resolução que não o processo tradicional, e que podem ser mais adequados ao caso concreto.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Processo. Projeto Florença. Obstáculos. Justiça multiportas.

Abstract: In this work, we propose a critical analysis of the contents of the guarantee of access to justice in the paradigms: liberal, social and democratic constitutional and how the changes of perspectives impact the conception of the role of the process in the scenario of dispute resolution. We will also reflect on some obstacles to the substantial access, in the contemporary paradigm, and on the alternative sought by the Florence Project in its third renewal wave, and by the Pound Conference of 1976, to better enable fair access by proposing a multiport model of justice, that is a forum to provide jurisdictions with alternative methods of dispute resolution besides the traditional process, which may be

more appropriate to the case in point.

Keywords: Access to justice. Process. Florence Project. Obstacles. Multidoor Courthouse.

INTRODUÇÃO

As concepções acerca do acesso à justiça e os limites dogmáticos do processo litigioso frente à explosão da conflituosidade ensejam diversas discussões, não sendo novidade que o cerne dos debates gire em torno dos modelos processuais inerentes às ideologias reinantes em determinados momentos e seus impactos no conteúdo da jurisdição e do processo. Também não se descarta a crescente relevância conferida aos debates no meio acadêmico, como forma de influenciar a prática e, assim, adaptá-la às demandas da atual sociedade complexa e pluralista.

Com esse pensamento, objetivamos, partindo de uma revisão bibliográfica, pelo método da hermenêutica filosófica, refletir sobre aspectos relacionados ao acesso à justiça e analisar seus impactos na forma de se compreender a jurisdição e o processo, nos diferentes paradigmas liberal, social e democrático constitucional, para, após, analisarmos o papel da terceira onda renovatória no âmbito do Projeto Florença no desenho da metáfora do tribunal multiportas.

O redimensionamento do acesso à justiça, junto com diversos outros fatores, liga-se às demandas da sociedade e às ideologias subjacentes à política estatal e de administração da justiça. O direito, assim como o processo e o conteúdo da atividade jurisdicional, sofre impactos a depender justamente desses anseios sociais. Essas questões também serão tratadas, de forma superficial, e como pressuposto da necessidade de revisão dos modelos judicatórios de composição de controvérsias, que deverão abarcar métodos que permitam a consideração da complexidade do conflito e da necessidade de maior participação dos envolvidos, não só como forma de conferir celeridade e eficácia à prestação jurisdicional, mas também como meio de legitimação da práxis judiciária, ao ampliar a participação das partes e proporcionar oportunidades de diálogo direcionado ao consenso, empoderamento e ao fortalecimento da cidadania.

Abordaremos, como pressuposto, alguns aspectos do Projeto Florença, focando na importância de sua terceira onda renovatória e no movimento iniciado pela Pound Conference, de 1976, nos Estados Unidos, capitaneada pelo Professor Frank Sander, que instituiu a figura metafórica do tribunal multiportas como resposta a muitas demandas de adequação dos métodos de resolução aos dissensos e aos interesses das partes.

Porém, não nos deteremos no modelo do tribunal multiportas, nem os meios que podem dele fazer parte, mas tão lançaremos reflexões acerca do contexto no qual essa ideia se insere, de modo a contextualizar o incremento da valorização dos meios consensuais e participativos, como corolários de um modelo mais democrático de administração da justiça.

Acostumamo-nos a ter o Estado-juiz como respaldo para a solução das nossas demandas. O processo é instrumento, por excelência, da realização do direito material e do exercício do *jurisdictio*, sendo símbolo democrático de modernização da justiça. Todavia, ele é pautado pela lógica da guerra, do perde-ganha, dos lados opostos. E o produto de sua dialeticidade é uma solução adjudicada pelo juiz, em um procedimento no qual, muitas vezes, há uma significativa distância ontológica entre as partes envolvidas - autor/réu/Estado-juiz.

Mas o Estado-juiz não comporta toda a litigiosidade advinda dos conflitos pós-modernos,

seja em razão dos números, seja da complexidade decorrente do contexto multicultural das sociedades contemporâneas. A crise do Poder Judiciário e do modelo adjudicatório reforça a mudança paradigmática que estamos vivendo: a busca por meios adequados de solução dos conflitos que respeitem a natureza da demanda, a individualidade dos envolvidos, o protagonismo e a autodeterminação.

São essas algumas das ideias que balizam nossas análises a seguir, partindo de uma matriz teórica sistêmica, temperada pela teoria crítica e pela hermenêutica filosófica, que oportuniza uma abordagem crítica e reflexiva do direito, levando em conta suas diferenças funcionais e suas estruturas comunicativas.

O enfoque sistêmico, como reflete Paulo Afonso Brum Vaz (2016), possibilita uma melhor compreensão das mudanças evolutivas da sociedade, principalmente no tocante à forma de administração dos conflitos face à complexidade decorrente dos processos de globalização, dos quais advêm a diluição de fronteiras, um multiculturalismo pungente, a necessidade de consideração de aspectos inerentes a identidades e que antes não eram preocupação dos juristas quando da análise das lides objeto dos processos. Esse enfoque sistêmico permite ainda refletir sobre a necessidade de maior envolvimento dos atingidos pelos conflitos no processo de sua abordagem e transformação, assegurando sua efetiva participação, viabilizando o diálogo com outros campos do conhecimento que aportam perspectivas tais como a “policontextualidade, pluralismo jurídico e a democratização pelo discurso” (VAZ, 2016, p. 29).

1 REFLEXÕES SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA

O tema do acesso à justiça é um dos mais caros aos olhos dos processualistas contemporâneos, principalmente pelo papel que desempenha no Estado democrático constitucional, de garantidor dos direitos humanos quando lhes falta efetividade, sendo moldado pelos princípios e ideologias a ele inerentes.

Os direitos humanos assumem, nos tempos atuais, o status de núcleo essencial imanente ao direito de qualquer ordenamento jurídico, mesmo que este varie, histórica e socialmente, sob diversos aspectos. E o direito, como produto cultural, oscila entre valores adotados pelas comunidades, pendulando entre a liberdade, cara aos modernos, e a solidariedade, alçada a valor fundamental no paradigma social e também no cenário contemporâneo¹.

O acesso à justiça é fundamental ao desenvolvimento de um país e à realização dos direitos básicos de seus cidadãos, como é assente na doutrina, por isso suas acepções são indispensáveis para albergar exatamente o conteúdo finalístico que deve ser levado em conta quando de sua análise. Como pressuposto para o presente trabalho, partimos de um conceito mais largo de acesso à justiça, não limitado ao aspecto formal, de possibilidade de ingresso em juízo para a defesa de

1 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em prefácio à obra de Luciane Moessa de Souza (2010, p. 17-18), reflete, em relação ao fato de o direito pendular entre os valores da liberdade e da solidariedade, que “como uma percepção equilibrada que se possa ter da liberdade e da solidariedade não é e nem pode ser a mesma, dada a diversidade própria da individualidade, variando no tempo e no espaço, é inevitável que imemorialmente essas divergências despontem como antagonismos e se desenvolvam adiante como *conflitos*” (grifo do autor).

um direito, mas a partir da ótica da justiça substancial, como acesso a uma ordem jurídica justa, nos dizeres de Kazuo Watanabe (1988, p. 135), como será abordado adiante.

Esse enfoque demanda a análise de questões axiológicas, que terminam por contaminar o ordenamento jurídico de cada sistema, a concepção de acesso à justiça e a própria configuração interna do processo, justamente por serem produtos culturais. Como ressalta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2008, p. 129), o direito e, pois, o processo são produtos culturais, o que faz com que “o conjunto de modos de vida criados, aprendidos e transmitidos de geração em geração, entre os membros de uma determinada sociedade”, interfira de forma direta na própria dinâmica do direito processual, e, por conseguinte, nas aceções acerca do acesso à justiça.

Imersa nos contextos dos paradigmas de Estado e remodelada de acordo com as necessidades da sociedade, a expressão “acesso à justiça”, hodiernamente, não se liga somente a questões jurídicas, como um acesso do cidadão aos órgãos judiciários, ideia correlata ao pensamento liberal e afeta à concepção de acesso formal, mas é principalmente uma expressão ligada ao político e ao social, além de ser um símbolo retórico de inegável poder e atração². Isto é, não indica apenas o direito à porta de entrada do Poder Judiciário, “mas também o de alcançar, por meio de um processo cercado das garantias do devido processo legal, a tutela efetiva dos direitos violados ou ameaçados”, conforme leciona Ada Pellegrini Grinover (2008, p. 29).

Além do poder simbólico, acentuado pelo Professor Austin Sarat (1981, p. 1911), a defesa do acesso à justiça atrela-se ao argumento de que os governos têm responsabilidade de garantir de forma eficaz esse acesso, o que clama por mudanças nos ordenamentos jurídicos para viabilizar o acesso formal e também substancial que proveja as bases para a equação entre procedimentos justos e a justiça substancial³.

Todavia, o acesso à justiça, seus conteúdos e instrumentos sofreram transformações em suas concepções e delineamentos, o que impacta sobremaneira na forma de manejo do processo, no papel do juiz e na condução da participação dos envolvidos na atividade processual. As ideologias que permeiam a ideia de acesso à justiça e de processo delineiam também os meios institucionalizados postos à disposição dos jurisdicionados para a composição de suas divergências.

A análise do acesso à justiça, em regra, é feita sob os prismas dos paradigmas de modelos de Estado, efetuando um corte a partir da modernidade: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito. E esses modelos determinam a forma de se pensar e de realizar o direito.

1.1 O acesso à justiça nos paradigmas liberal e social: contextualização

O Estado Liberal, construído a partir das ideias iluministas que propulsionaram a

2 Conceituada como símbolo retórico e político; contribuição das reformas de acesso para o suporte da ordem legal existente. Reformas legitimadoras da ordem legal. Conferir Sarat (1981).

3 Em outras palavras, o acesso à justiça remete à ideia de que a justiça substantiva pode ser alcançada por meio de procedimentos justos, e os movimentos tendentes a viabilizá-los de forma eficaz são tipicamente pensados como reformas democráticas e progressivas, motivadas em muito pela exigência de se implementar os direitos de acesso aos econômica e culturalmente excluídos, exigências tanto do Welfare State quanto do Estado Democrático de Direito.

Revolução Francesa, fincou raízes nos postulados da liberdade individual e autodeterminação, limitação do poder do soberano e igualdade formal de todos perante a lei. Nesse cenário, o processo passou a ser tido como instrumento privado de resolução de conflitos, com o fim de beneficiar somente as partes. O princípio dispositivo era corolário dessa postura, assim como o distanciamento excessivo do juiz em relação às partes e à lide, que o fazia mero espectador da atividade processual, a cargo dos demais envolvidos na relação processual. O Poder Judiciário, ante ao endeusamento da separação de poderes como forma de limitação dos poderes estatais, não poderia se imiscuir em políticas públicas e cabia a ele aplicar a lei tal como estatuída pelo Poder Legislativo. O magistrado, então, atuava como “boca da lei”, sem atividade interpretativa criativa, sendo sua decisão uma reprodução fiel da lei, o que tornava ausente a responsabilidade social, política e econômica.

No paradigma liberal, o acesso à justiça possuía conotação mais formal, significando uma garantia de que a lei objetiva seria observada, sem que houvesse liberdade dos magistrados em conferir-lhe interpretação criativa, principalmente levando em conta a valorização do princípio da separação dos poderes. Esse quadro ideológico começou a ceder no final do século XIX com a Revolução Industrial e com as consequências sociais que dela advieram.

Com relação ao liberalismo, ainda, leciona Paulo Bonavides (2002, p. 25) que a liberdade em que ele se arrima “é apenas formal, e encobre, na realidade, sob o manto de abstração, um mundo de desigualdade de fato - econômicas, sociais, políticas e pessoais”. A liberdade e a igualdade apenas formais desencadearam uma verdadeira opressão dos fracos, “restando a estes, a final de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome”.

As desigualdades gritantes e as mazelas sociais, acentuadas pelo paradigma liberal, desencadearam as lutas sociais do final do século XIX e início do século XX. Demandas por novos direitos que garantissem mais do que a igualdade formal perante a lei emergiram no cenário de países do ocidente, culminando em revoluções e crises econômicas e sociais. Com os padrões trabalhistas insalubres daquela época, passou-se a exigir do Estado uma postura menos liberal para que a dignidade do trabalhador fosse minimamente respeitada (FERNANDES; PAULA, 2018). As cartas constitucionais foram infladas de direitos de segunda e terceira gerações, garantidores de uma pretensa igualdade material visando à redução das desigualdades entre os cidadãos e à garantia de um mínimo de dignidade.

Surgem os Estados sociais. E, em alguns países desenvolvidos, iniciaram-se movimentos em prol dos direitos dos trabalhadores, o que contribuiu para o delineamento dos Estados de bem-estar social, que encontraram na legislação garantidora de direitos sociais mínimos uma forma de realizar uma justiça social mais igualitária e distributiva.

Conforme refletimos em trabalho anterior, sobre a judicialização das relações sociais,

Naquele momento histórico, medidas de assistência familiar, habitacional, programas sanitários, dentre outros, passaram a fazer parte de ordenamentos jurídicos de algumas nações mais desenvolvidas, como meios para diminuir as desigualdades entre os cidadãos ou garantir o mínimo de condição para uma vida

mais digna. O paradigma social, pois, ligou-se ao Estado providencial, àquele que toma as rédeas de outros sistemas em prol de programas futuros de realização de misteres sociais, como os mencionados acima. Nos dizeres de Mauro Cappelletti, citado por Werneck Vianna (1999, p. 16), a promoção de programas sociais “consiste em prescrever programas de desenvolvimento futuros, promovendo-lhes execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação clássica, entre ‘certo e errado’, ou seja, entre o caso ‘justo’ e o ‘injusto’” (FERNANDES; PAULA, 2018, p. 3).

Como não poderia deixar de ser, essa postura induziu à inclusão no direito de noções como justiça, para fins de realização do ideal de igualdade material e maior dignidade. E se são necessárias prestações positivas do próprio Estado para garantir esses ideais, a liberdade individual moderna recuou para dar lugar à justiça social.

Assistimos a limitações impostas à liberdade individual e à autodeterminação, privilegiando-se a inclusão do economicamente desfavorecido. Não há como refutar a invasão do Estado e do direito nas searas individuais. Esse contexto faz com que considerações de ética social se infiltrem em regiões do direito que, até então, se limitavam a garantir a autonomia privada, conforme reflete Habermas (2003).

No paradigma do Estado social o acesso à justiça passa a ter novo conteúdo: não basta um acesso formal, aos órgãos do Poder Judiciário, mas deve-se acrescer a ele um acesso que garanta ao cidadão a efetividade dos direitos previstos nas cartas programáticas. Ainda assim, o processo era visto como mero instrumento posto à disposição da função jurisdicional para a realização do direito material.

Não obstante, conforme salientado por Mauro Cappelletti (1971) e Cappelletti e Garth (1988), o juiz, no paradigma do Welfare State, passa a relacionar-se de forma paternalista com a parte, principalmente a hipossuficiente, como forma de corrigir a desigualdade material, adotando uma postura intervencionista, de condução ativa do processo. Atuação essa diametralmente oposta à do juiz do paradigma liberal.

Essa postura mais ativa acentua-se principalmente na segunda metade do século XX. Com a II Guerra e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 1948, a partir do que a exequibilidade dos novos direitos tornou-se um imperativo. Cappelletti e Garth (1988, p. 11) asseveram que:

[...] tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção, na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos.

Tratamos do pós-II Guerra, sem descurar de que o importante marco processual que

reconheceu explicitamente o dever do Estado de assegurar igual acesso à justiça a todos veio com o Código Klein de 1895, da Áustria, que conferiu papel mais ativo ao juiz para equalizar as partes.

Assim, com a DUDH, o acesso à justiça passa a ser visto como o “requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12)⁴.

No cenário de demanda por efetivação dos direitos fundamentais, é apropriada a suspeita levantada por Mauro Cappelletti e Garth (1988), no Projeto Florença, de que a capacidade do Estado em tolerar e suportar a exequibilidade dos direitos é limitada: o Estado é generoso em reconhecer direitos, mas raramente é generoso em garantir remédios efetivos.

Em breve capítulo do relatório final do Projeto Florença e em diversos ensaios publicados posteriormente, Cappelletti e Garth acentuam que, no modelo socializante: (i) o processo não deve ser colocado no vácuo, mas sim servir como meio de efetivação dos direitos, sendo que as técnicas processuais devem servir às funções sociais; (ii) o Poder Judiciário não é a única arena para a resolução dos conflitos; (iii) que qualquer regulamentação processual, “inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

Nessa esteira, tanto o Projeto Florença quanto o processualista italiano em trabalhos posteriores defenderam a inclusão de outros mecanismos de processamento de litígios e a ampliação da pesquisa sobre o acesso à justiça para além dos tribunais e dos procedimentos judiciais, devendo o Estado levar em conta contribuições da sociologia, política, psicologia e da economia e, também, aprender através de outras culturas.

Cappelletti e Garth acentuam que o acesso à justiça não é apenas “um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13). Daí sua importância central, e antecedente, à análise dos meios alternativos de acesso ao Poder Judiciário, que não pelo processo tradicional.

O Projeto Florença sugere que a facilitação do acesso torna mais viável para os cidadãos invocar a proteção legal. Austin Sarat, por outro lado, contrabalança essa facilidade de acesso, defendendo que ele pode ameaçar o sistema básico das sociedades liberais de “imunidades recíprocas” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988), argumentando que cada pessoa tem o direito de não sofrer interferência do Estado em diversos aspectos de sua vida privada. Isso porque quanto mais intervenção legal, supervisão e revisão, invariavelmente, menos privacidade, liberdade e autonomia. Os direitos, portanto, se confrontam em dois níveis: suas funções instrumentais e legitimadoras funcionam, pois, com objetivos opostos, servindo cada uma delas tanto para garantir quanto para ameaçar valores sociais estimados (SARAT, 1981, p. 1915).

⁴ Com o pós-guerra, foi necessária uma revisão da política do Welfare State, não obstante a positivação internacional de direitos fundamentais do homem, assentados na ideia de dignidade da pessoa humana, e sua replicação para constituições nacionais. A justiça social deveria conviver com a liberdade privada, restringida com a publicização de relações da esfera privada (FERNANDES; PAULA, 2018).

1.2 O modelo socializante de acesso à justiça e o projeto florença

Permanecendo na seara dos paradigmas de modelos processuais, a postura do Estado social trouxe fortes repercussões no sentido de trazer o direito para o centro da vida social, tirando-o de uma perspectiva puramente liberal e de garantia dos direitos afetos às liberdades primárias. Desse modo, o direito processual foi fortemente influenciado pela idealização do Estado social, que defende o protagonismo judicial, surgindo aí a figura do Juiz Hércules, com vistas a exercer uma atividade compensadora dos déficits de igualdade material entre as partes e a fortalecer a ideia do processo como relação jurídica e instrumento estatal de realização da justiça e bem-estar social, com escopos políticos, sociais e econômicos.

Surgem tendências socializadoras que conduzem ao fortalecimento do Poder Judiciário. Emerge, também, uma peculiar linha processual nos países do leste europeu conhecida como socialismo processual, que gerou um esvaziamento do papel das partes e condução quase que maciça do processo pelo julgador (CAPPELLETTI; GARTH, 1988)⁵. Essa socialização do processo chega ao ápice na década de 1970, impulsionada, principalmente, pelo Projeto Florença,

Esse grande projeto, de iniciativa da Escola Italiana de Processo Civil, capitaneado pelos processualistas Mauro Cappelletti e Bryant Garth, foi, em poucas linhas, um movimento, entre os anos de 1970 e 1979, para diagnosticar as causas da ineficiência da Justiça, os principais obstáculos de acesso à justiça e os motivos da ineficiência do aparato dos Poderes Judiciários para a condução adequada e célere dos processos de solução de litígios.

Na verdade, o Projeto Florença é composto por um conjunto de trabalhos realizados em diversos países, resultando em troca de experiências entre os participantes e em reflexões sobre os obstáculos e possíveis soluções para efetivação do acesso à justiça, cujos resultados foram consolidados na obra “Acesso à Justiça” (1988). O projeto partiu de um marco teórico processualista, sendo iniciado a partir de uma proposta de metodologia processual em busca de uma abertura do processo para questões sociológicas, mas acabou servindo de diagnóstico de para o problema de efetividade envolvendo os direitos sociais e de obstáculos de acesso aos pobres.

A expressão “acesso à justiça”, no contexto examinado, é entendida em dois sentidos: (i) acesso ao Judiciário; e (ii) o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. Neste último caso, seria o que Rui Portanova (2005) destaca como uma visão axiológica da justiça. No livro “Acesso à Justiça”, Cappelletti e Garth esclarecem que o ensaio se destina a servir de introdução geral aos volumes da série do Projeto Florença, que possui seis tomos. Para os condutores da pesquisa empírica, o objetivo do relatório é “delinear o surgimento e desenvolvimento de uma abordagem nova e compreensiva dos problemas que esse acesso apresenta nas sociedades contemporâneas” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Esse movimento socializante assiste a um arrefecimento com a mudança de paradigma

⁵ Importante movimento socializante teve seu início com o Código Processual Austríaco de 1895, de inspiração de Franz Klein. O Código propugnava pela diminuição dos formalismos processuais, ideias de celeridade, economicidade e do acesso dos mais pobres à Justiça, sendo um marco da socialização do processo e de maior ativismo do juiz, em resposta ao modelo liberal, no qual o magistrado era tido como mero espectador da atividade das partes.

do Estado social para o Estado democrático de direito. Nesse ponto, Cappelletti sugere que nós vivemos em uma era de transformações, uma época na qual o individualismo e a igualdade têm sido erodidos e substituídos pela burocracia e desigualdade. Essa afirmação data da década de 1970 (CAPPELLETTI, 1971).

Questões sociais e políticas passam a ser mais evidentes no campo do acesso à justiça, uma vez que o movimento de acesso está ligado aos novos delineamentos dos Estados, que modela os direitos e que os cria para alterar relações políticas e endereçar desigualdades sociais básicas. O Estado social criou direitos que são significantes para trabalhar simultaneamente para assegurar aos cidadãos que seus interesses sejam protegidos e para estimular a fé na justiça da corrente ordem social e política⁶. O perfil do Estado social acentua o fosso existente entre o reconhecimento dos direitos e sua efetivação.

1.3 O significado de um direito ao acesso efetivo à justiça e os obstáculos a serem transpostos: terceira onda renovatória

O Projeto Florença refletiu diretamente na forma de se considerar o acesso à justiça em diversos países do mundo, tanto capitalistas quanto socialistas. Esse acesso passou a equiparar-se cada vez menos com um processo e provimento qualitativamente satisfatórios, centrando a preocupação no acesso igualitário aos economicamente desfavorecidos, à efetivação de direitos coletivos e difusos por novos procedimentos, na celeridade da tutela, e, por fim, na criação de novos procedimentos que fossem mais adequados à defesa de direitos de pequena monta ou de interesses que não se mostravam efetivamente resguardados pelos procedimentos adversariais.

Este acesso à Justiça tenta equacionar as relações entre o processo civil e uma justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica, partindo da concepção de Estado protetivo e de Bem-Estar Social. Ao visar a esses fins sociais, os processualistas começam a preocupar-se com a adequação técnica processual a este novo panorama de análise e a construir procedimentos em que a cognição e decisão do juiz são majoradas [...], possibilitando que uma intervenção mínima das partes possa chegar ao proferimento do provimento final, respondendo-se com menor custo e tempo possíveis às demandas no sistema judiciário (NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 31).

No paradigma do Estado social, o juiz é ligado ao ativismo, deixando de ser mero espectador e tomando as rédeas do procedimento. Seus poderes são ampliados e o brocardo “o que não está no processo não está no mundo” sofre abrandamentos. Essa postura acaba alijando as partes do processo decisório, ou seja, a participação delas é reduzida no processo de convencimento do magistrado, sendo seu protagonismo restrito aos debates dentro do contraditório e da ampla

⁶ Austin Sarat critica a condução e algumas conclusões do Projeto Florença, não obstante reconheça diversos pontos positivos e a importância do movimento. Como crítica, acentua que o projeto falhou ao apreciar os direitos que são realmente significativos, justamente porque trabalham, simultaneamente, para tranquilizar os cidadãos de que seus interesses são protegidos e também para estimular a fé na justiça da atual ordem social e política (SARAT, 1981, p. 1915, tradução nossa).

defesa, acabando por tornar-se receptáculos da decisão do juiz, construída a partir de um livre convencimento calcado nas provas produzidas.

O Projeto Florença vislumbrou algumas medidas para tornar o acesso à justiça mais efetivo. Nessa busca por meios de reforma, o Projeto foi dividido entre os tópicos: custas judiciais, possibilidades das partes e problemas relativos aos interesses difusos. Para cada tipo de obstáculo foram propostas soluções que Cappelletti e Garth denominaram de ondas renovatórias, que funcionam como demonstrações de soluções práticas já experimentadas. Assim, as ondas renovatórias são três, cada uma relativa a um grupo de obstáculos que deverão ser transpostos para remoção dos entraves ao acesso eficiente e justo. Para os pesquisadores, na medida em que se seguem as ondas aumenta-se seu grau de complexidade, e elas surgem em uma sequência mais ou menos cronológica inter-relacionando, conforme acentua Gomes Neto (2005, p. 62), seus conteúdos e objetivos, “na demonstração de transformações conceituais de ‘acesso à justiça’, como paradigma a ser aplicado no estudo do fenômeno processual e norteador de projetos de reformas nos sistemas jurídicos processuais, através do mundo ocidental”.

Para a proposta desta pesquisa, nos importa a terceira onda, que é chamada de onda de “enfoque de acesso à justiça” ou concepção mais ampla de justiça, uma vez que trata da remoção dos obstáculos concernentes às deficiências de estrutura do Poder Judiciário e do próprio processo como instrumento de efetivação dos direitos.

Essa onda é a mais abrangente, e relaciona os problemas e soluções atinentes às ondas anteriores aglutinando-lhes outras questões. Tem por vista a ampliação do acesso à Justiça, não se restringindo o olhar somente para os pobres e para os direitos difusos, mas expandindo-se para toda a sociedade. Nas palavras de Cappelletti e Garth (1988, p. 52):

Essa terceira onda de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos de ‘o enfoque do acesso à Justiça’ por sua abrangência. Seu método consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.

Trata-se de melhorar o acesso pelo encorajamento de novas instituições e procedimentos de resolução de disputas e pela adaptação desses mecanismos às características peculiares dos variados tipos de disputa. Essa onda imagina o sistema judicial tradicional suplementado, não suplantado, por diferentes fóruns nos quais os cidadãos podem apresentar suas demandas. A característica principal desses mecanismos seria a informalidade, que faz possível a mudança de responsabilidade pela vindicação dos direitos dos cidadãos por eles mesmos. Os cidadãos poderiam pleitear seus direitos diretamente por meio de procedimentos informais, sem a necessidade de assistência profissional, o que reduz sobremaneira os custos impeditivos ao acesso à justiça. Esses aparatos, como as cortes de pequenas causas, os centros de justiça comunitária, as comissões de

conciliação, devem se tornar disponíveis e acessível a toda a população.

Segundo Marc Galanter, citado no relatório do Projeto Florença, o

[...] sistema tem a capacidade de mudar muito ao nível do ordenamento sem que isso corresponda a mudanças na prática diária da distribuição de vantagens tangíveis. Na realidade, a mudança de regras pode tornar-se um substituto simbólico para a redistribuição de vantagens (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 68).

Para Cappelletti e Garth, não obstante as propostas das ondas anteriores, uma gama de direitos ainda não pode ser eficazmente realizada com os meios tradicionais, isto é, “com uma representação judicial aperfeiçoada” e através do processo judicial. “Esses novos direitos frequentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 69).

Nesse sentido, o movimento de acesso exige uma abordagem mais abrangente de reforma, passando a prever novos métodos que tornem os novos direitos efetivos. Surge a necessidade de previsão de meios mais simplificados, não-adversariais e que não superestimem os efeitos de vitórias judiciais, isso porque os métodos contraditórios, em geral patrocinado por advogados litigantes, são mais formais e burocráticos, além de não permitirem que o olhar seja direcionado verdadeiramente para o conflito, suas raízes e as questões que fomentam a espiral conflitiva. Assim, chega-se à conclusão de que somente estimular o acesso dos mais pobres, fortalecer a advocacia, estender os serviços jurídicos, prever legitimações para demandas difusas e coletivas são essenciais, mas não suficientes, fazendo surgir uma nova necessidade, qual seja, a de adaptação de procedimentos à natureza dos conflitos.

Em 1966, foi constatada uma intensificação das demandas nos EUA, chegando-se a falar em “Indústria da Justiça”, uma indústria que precisava oferecer uma linha mais variada de produtos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 70). Essa massificação de jurisdicionalização levou ao inchaço de muitos sistemas judiciários, que passaram a ser vistos como ineficazes frente ao grande volume de demandas.

Por isso o enfoque da terceira onda leva à exploração de ampla variedade de reformas, incluindo alteração de procedimentos, mudanças nas estruturas dos tribunais, criação de novas unidades, especialização, uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar a sua solução e a utilização de meios privados ou informais de tratamento de conflitos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 71).

Cappelletti e Garth (1988) reconhecem que os mecanismos como os citados podem servir aos interesses do Estado como alternativas para aliviar o congestionamento dos tribunais. A ênfase nos meios informais implica que os direitos legais podem ser reivindicados em uma base caso-a-caso. As alternativas consensuais não somente servem para tornar a justiça aparentemente mais acessível, mas também para outros objetivos, quais sejam: (i) encorajar os cidadãos a participar da administração da justiça; (ii) descentralizar e despolitizar a administração da justiça; (iii) aliviar

os problemas de congestionamento das cortes; (iv) aumentar o empoderamento social e promover a harmonia social. Nessa onda, voltam-se os olhos também para a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio, através da criação de alternativas processuais e da adaptação das disposições processuais a cada área do direito, isso porque existem muitas características que distinguem um litígio do outro. Ainda, nas palavras de Cappelletti e Garth (1988, p. 72):

As partes que tendem a se envolver em determinados tipos de litígio também devem ser levadas em consideração. Elas podem ter um relacionamento prolongado e complexo, ou apenas contatos eventuais. Já foi sugerido que a mediação ou outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos. As partes, ademais, podem diferir grandemente em poder de barganha, experiência ou outros fatores [...].

É justamente através do foco mais amplo proporcionado por esse novo olhar sobre as barreiras ao acesso à justiça, que transcendem a questão econômica e de representatividade, que se enxerga a necessidade de previsão de métodos mais adequados e apropriados para a solução mais harmônica de determinados tipos de conflitos, em que uma solução adjudicatória não se mostraria tão adequada ou mesmo eficiente. Sarat e Grossman (*apud* CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 72) refletem sobre esse aspecto:

Quando as relações se tornam tão interdependentes na complexa organização das sociedades pós-industriais, quanto eram nas sociedades primitivas, renasce a necessidade de solução harmônica dos problemas, de modo a preservar as relações, com uma tendência resultante de se evitarem litígios.

A abordagem individualizada das controvérsias para prover um acesso adequado e uma justiça descentralizada que ofereça remédios processuais mais afetos às circunstâncias e necessidades dos envolvidos (CAPPELLETTI, 1971; CAPPELLETTI; GARTH, 1988) são as características básicas do movimento, assim como da tendência processual europeia e norte-americana. Principalmente a partir dos meados da década de 1970, o movimento de acesso à justiça leva a problemas inerentes à aceitação da ordem jurídica liberal: a individualização das demandas favorece àqueles que possuem condição de melhor articular seus desejos, demandas e necessidades. Essa individualização, ou singularização, é estimulada, servindo, por outro lado, para reforçar vários tipos de desigualdades que a terceira onda, justamente, pretendia desfazer.

O Projeto desencadeou uma fundamentação importante para a teoria do processo, que passou a incorporar os ideais de finalidade social e de instrumentalidade das formas. A instrumentalidade do processo, por assim dizer, parte da ideia de meio para proporcionar um fim maior: a garantia e efetividade dos direitos. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 372-373) leciona que:

Não obstante todas as mudanças no campo processual, muitos obstáculos, além dos entraves

financeiros e de representatividade dos direitos difusos e coletivos precisam, ser transpostos, como os obstáculos temporais, relacionados à demora da prestação, e culturais e psicológicos. Esses últimos consistem, como acentuado por Luciane Moessa de Souza (2010, p. 38-39):

[...] na extrema dificuldade para a maioria da população no sentido de até mesmo reconhecer a existência de um direito, especialmente se este for de natureza coletiva, na justificável desconfiança que a população em geral (e em especial a mais carente) nutre em relação aos advogados e ao sistema jurídico como um todo e, ainda, na também justificável intimidação que as pessoas em geral sentem diante do formalismo do Judiciário e dos próprios advogados.

Nos entraves culturais podem ser inseridas questões afetas à informação, educação formal, educação para os direitos, cultura contenciosa e centrada na competição, percepções distorcidas acerca da justiça e dos profissionais do direito, e até “a descrença da população em relação ao aparato jurisdicional como um todo” (SOUZA, 2010, p. 39), dentre muitos outros aspectos. Podemos citar também a falta da adequação do processo tradicional, litigioso, a diversos tipos de controvérsias, de pequena monta, ou então que digam respeito a relações continuadas, de múltiplos vínculos, como veremos adiante.

Ainda temos os obstáculos institucionais: cultura litigante dos profissionais do direito, com formação contenciosa e sem preparo para a atuação colaborativa; fatores culturais internos ao próprio meio jurídico, burocracia, excesso de formalismo, alto custo do aparato judiciário, falta de estrutura administrativa; e normativos: códigos retrógrados, excesso de recursos, procedimentos ineficientes, dentre outros. São muitos entraves ao acesso substancial à justiça que não cabe aqui examiná-los, mas somente citar alguns mais comuns nos diversos ordenamentos jurídicos e que impactam sobremaneira na percepção de justiça efetiva.

No cenário de ineficiência e face ao clamor por mudanças processuais, a partir do final década de 1970, influenciada por movimentos de reforma processual ocorridos principalmente nos Estados Unidos, a ideia de acesso sofre novos influxos advindos dos modelos da Common Law e da valorização do ideal democrático e fortalecimento de um viés neoliberal, ligadas às teorias da justiça de John Rawls, Ronald Dworkin e, também à ética discursiva habermasiana. Buscam-se fundamentos procedimentais para a legitimação da atuação do Poder Judiciário e os esforços atinentes a essa busca refletem nos delineamentos do acesso à justiça e do próprio processo.

2 O ACESSO À JUSTIÇA E O PROCESSO NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL: A PREOCUPAÇÃO COM A ACESSIBILIDADE E A JURISDIÇÃO

A ampliação do acesso à justiça serve de norte para as alterações no campo do direito processual. Expõe Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2017, p. 25) que o “acesso à justiça passa a ser um norte, um ideal perseguido por toda e qualquer reforma estrutural do direito processual”

e, recorrendo às lições de Alan Uzelac, acentua que “os dois objetivos principais da jurisdição na contemporaneidade são a resolução dos conflitos individuais pelo sistema de Cortes estatais e a implementação de políticas, objetivos e funções sociais” (PINHO, 2017, p. 25). Essas outras funções, que não a atrelada ao campo jurídico, também foram pensadas por Dinamarco, Watanabe, Ada Pelegrini, que acentuam que a jurisdição, no paradigma democrático, passa a ter outros escopos.

O acesso à justiça no atual paradigma entra em crise justamente porque não se admite mais uma jurisdição que não garanta a efetividade do provimento jurisdicional. O acesso não deve ser somente formal, mas também substancial. Pelo acesso formal, pode-se criar um aparato que permita escancarar as portas da justiça para os cidadãos. Todavia, essa abertura dos órgãos jurisdicionais não basta, mesmo que seja acompanhada por medidas de garantia de gratuidade e assistência qualificada ao jurisdicionado, se não for garantida uma paridade de armas e se não se alargar também a porta de saída, que condiz com medidas que garantam celeridade e eficácia ao provimento.

As ideias de ampliação da acessibilidade pela gratuidade, da previsão de órgãos especializados a tipos diversificados de demandas, da necessidade de adoção de meios consensuais mais adequados a determinados tipos de conflitos podem e devem ser fenômenos contínuos e concomitantes (CAPPELLETTI, 1994; CAPPELLETTI; GARTH, 1988) não podem descambar no paradoxo de celeridade e efetividade, mas devem vir acompanhadas de um acesso substancial, adequado e igualitário, tendente a superar os obstáculos apontados no item anterior.

Conforme sustenta Watanabe (1988, p. 128), esses esforços devem vir acompanhados de uma mudança de mentalidade e de uma nova compreensão da realidade sócio-política-econômica, sem a qual as mudanças estruturais e institucionais não adiantariam muito para fortalecer e garantir um pleno acesso à justiça. O jurista salienta a necessidade de se criar estratégias de canalização e resolução de conflitos, para, daí, organizarem-se os instrumentos processuais “preordenados à realização efetiva de direitos. Não se organiza uma justiça para uma sociedade abstrata, e sim para um país de determinadas características sociais, políticas, econômicas e culturais” (WATANABE, 1988, p. 129). Esse acesso deve ser repensado para enfrentar todas as ordens de obstáculos presentes na realização da justiça substantiva e para atender a ordem de conflitos que passam a chegar ao Poder Judiciário, decorrentes da explosão da litigiosidade contida e das controvérsias complexas da sociedade contemporânea.

O acesso à justiça passa a ser considerado um pré-requisito mínimo da justiça formal e substancial, e o direito a um provimento jurisdicional, como faceta do acesso formal, é tido como o conteúdo mínimo do devido processo legal. Nesse ponto, mister reconhecer que a importância da garantia de acesso é pensada como um limite ao exercício do poder, que assegura que os processos legais sejam públicos e justos, legitimando a ordem jurídica. Mas o alcance simbólico e instrumental desse acesso não é limitado ao seu impacto nas instituições, definindo também, mesmo que só parcialmente, os caminhos que possibilitam aos indivíduos vivenciarem a cidadania.

Nos dizeres de Humberto Pinho (2017, p. 28), “se, antes, a ideia de acesso à justiça

era destituída de mecanismos que a efetivassem, a contemporaneidade surge não somente como um apelo, mas também como uma iniciativa concreta para a efetivação de direitos que viessem a implementar a tão perseguida e sonhada justiça”. Esse apelo às mudanças estruturais e de mentalidade se inserem no cenário da transição paradigmática, que é marcada, como tratado até aqui, pela democratização do acesso, pela participação mais efetiva dos envolvidos na atividade jurisdicional, pela relativização dos dogmas processuais em prol do entendimento e da consensualidade, pela ênfase na colaboração ao invés da valorização da postura adversarial.

Recorrendo novamente à lição de Humberto Pinho (2017, p. 29), a jurisdição contemporânea exerce importante papel na seara de transição, “vindo justamente ao encontro deste anseio de democratização: enxerga-se, por mais clichê que esta afirmação possa parecer, que a justiça é para todos e que, portanto, todos devem ter acesso aos mesmos mecanismos para o exercício escorreito da jurisdição”.

A democratização, que diz com o acesso inclusivo, verdadeiramente participativo, nos dizeres de Boaventura de Sousa Santos (1989), tem duas vertentes: uma diz respeito à constituição interna do processo e inclui uma série de orientações tais como maior envolvimento e participação dos cidadãos na administração da justiça, a simplificação dos atos processuais, o incentivo aos meios consensuais, o aumento dos poderes dos magistrados, a ampliação do conceito de legitimidade das partes e do interesse de agir. A outra se refere à democratização do acesso à justiça, que deve ter foco na garantia de igualdade de acesso às partes, independentemente de sua classe social e poder econômico (SANTOS, 1989, p. 177).

O ponto que nos interessa é a democratização pela ampliação dos meios de resolução de conflitos que permitam aos envolvidos maior participação e influência no desenho da solução. Isso porque, pelos meios consensuais, o papel do jurisdicionado não é secundário, sendo ele protagonista da atividade dialógica que levará ao resultado. Ou seja, o jurisdicionado é deslocado do mero papel de espectador para o de protagonista, passando a ter uma posição mais ativa, sendo-lhe reconhecida a capacidade para eleger o instrumento que acredita ser o mais adequado para a resolução de seu conflito e também para participar ativamente das negociações, diálogos direcionados ao consenso e, por fim, outorgando-lhe oportunidade de influenciar diretamente o resultado das dinâmicas consensuais, o que lhe permite saltos de empoderamento e reconhecimento. Humberto Pinho (2017, p. 30) reflete que:

[...] não há que se falar em democracia sem participação. Se aqueles que se afiguram como os maiores interessados na atividade jurisdicional não têm o poder de influenciá-la, não há que se falar em participação e, nem tampouco, em democracia. O que se tem, nessa hipótese, é uma jurisdição despótica.

A democratização da jurisdição é, então, imperativo do Estado constitucional democrático que ganha relevo na contemporaneidade em razão das complexas relações sociais decorrentes do fenômeno da globalização, com todos os seus consectários. Não se pensa em jurisdição sem democratização, nem em democracia sem uma jurisdição na qual os cidadãos tenham a possibilidade

de participação efetiva nos processos de resolução de seus conflitos.

Se no Estado liberal a autonomia das partes e sua autodeterminação na condução do processo eram a tônica, e no paradigma social o protagonismo do juiz era acentuado, tornando as partes espectadoras da decisão, no Estado democrático constitucional o processo não pode se limitar a ser uma arena construída somente a partir do exercício do contraditório e da ampla defesa, com uma estrutura triangular, sem protagonismo relevante das partes, sob pena de divorciar-se dos princípios característicos da democracia: verdadeira participação, construção colaborativa, reforço da cidadania, empoderamento, reconhecimento mútuo. Nos influxos desses princípios estruturantes da democracia, o processo deve se tornar um espaço discursivo, participativo, de formação conjunta dos provimentos.

Essa forma de estruturação procedimental passa a ser fundamental como legitimadora do conteúdo dos provimentos jurisdicionais. Quer dizer, sem a efetiva participação dos envolvidos é como se a decisão carecesse de legitimidade, entendida na esteira da legitimação procedimental pela participação democrática na construção das decisões.

Mudam-se os standards de legitimação: no Estado liberal, a decisão legítima é aquela que reflete a letra da lei, sem atividade criadora do juiz, estando adstrita ao princípio da legalidade, corolário da separação de poderes; no Estado Social, a legitimidade liga-se à atividade condutora do juiz, ao instrumentalismo posto à disposição para a realização dos direitos sociais e equilíbrio das desigualdades; no Estado democrático de direito, podemos dizer que a legitimação passa pela participação ativa das partes no desenho da solução para seu litígio, com a colaboração dos envolvidos no processo, com participação dialógica, sem perder de vista, é claro, o *due process of law* e o direito a um provimento jurisdicional efetivo e adequado à demanda.

Nesse cenário é que surgem com mais afinco os meios colaborativos ou consensuais de solução dos litígios, que têm sua valorização atrelada à crise da prestação jurisdicional e suas complexas causas, como estratégias de diminuição de acervo processual e de celeridade e eficiência ao provimento jurisdicional, postura que acaba nublando o seu potencial democrático, emancipatório e de fortalecimento da cidadania (FERNANDES, 2017).

Flávio Yarshell (2009) sinaliza a mesma preocupação, ao indicar que os meios consensuais não podem e não devem ser prioritariamente considerados como “forma de desafogar o Poder Judiciário”. Para ele, que se refere especificamente à conciliação, ela deve ser:

[...] desejável porque é mais construtiva. O desafogo vem como consequência, e não como meta principal. Essa constatação é importante: um enfoque distorcido do problema pode levar a resultados indesejados. Vista como instrumento de administração da máquina judiciária, a conciliação passa a ser uma preocupação com estatísticas. Sua recusa pelas partes - direito mais do que legítimo - passa a ser vista como uma espécie de descumprimento de um dever cívico e, no processo, pode fazer com que se tome como inimigo do Estado aquele que não está disposto a abrir mão de parte do que entende ser seu direito. Daí a reputar a parte intransigente como litigante de má-fé vai um passo curto. Isso é a negação da garantia constitucional da ação e configura quebra do compromisso assumido

pelo Estado de prestar a justiça. Esse mesmo Estado proíbe que o cidadão, salvo raras exceções, faça justiça pelas próprias mãos (YARSHELL, 2009, p. A3).

Por essa e outras razões é que devemos considerar as críticas ao modismo e não tomar os meios consensuais como panaceia para os problemas contemporâneos relativos ao acesso ao Poder Judiciário e à própria administração dos problemas que lhe são inerentes⁷.

Austin Sarat (1981, p. 1912) também lança críticas sobre esses movimentos de acesso à justiça no paradigma do Estado democrático constitucional, pontuando que muitos deles, inclusive aqueles relacionados à “Alternative Dispute Resolution”, são conservadores e defensivos, fortalecendo e conferindo credibilidade a uma ordem política e legal que reconhece direitos aos cidadãos ao invés de implementar efetivamente uma justiça social. O reconhecimento de direitos, dentre eles a garantia de acesso, dentro da qual estão inseridos os meios consensuais, seriam substitutos a uma verdadeira justiça social. Ainda, a retórica do acesso à justiça e do acesso adequado, segundo Sarat, serve para reconhecer a lacuna existente entre os cidadãos e a lei. É o reconhecimento da tensão inerente entre uma ordem legal presumivelmente imparcial e independente e a sociedade que encoraja a participação ativa de seus cidadãos (SARAT, 1981, p. 1912).

Os olhares críticos direcionados aos pontos sensíveis referentes ao tema do acesso, como os lançados por Austin Sarat⁸ contribuem para o reforço das pesquisas e para o melhoramento do acesso à justiça e dos meios de composição das controvérsias de modo a torná-los vias à ordem jurídica mais justa, inclusiva e mais pacificadora possível.

CONCLUSÃO

As construções teóricas acerca de temas ligados ao acesso à justiça, à jurisdição, ao processo, bem como a outros temas correlatos, são imprescindíveis como fontes de reflexão crítica e transformação dos institutos em face das exigências contemporâneas da sociedade complexa e pluralista, que anseia por efetividade, celeridade, segurança e justiça formal e substancial. A teoria alimenta e fundamenta a prática, e esta retroalimenta o campo das construções teóricas, fornecendo subsídios para novas abordagens, adaptações, reformulações, sempre num movimento de aproximação e conjugação as ideias com a realidade.

Nesse quadro, a doutrina processual, nos diversos modelos estatais, cumpre com o seu papel, debruçando-se sobre novas abordagens metodológicas e de fundamentação dos institutos de modo a permitir uma adaptação destes aos anseios próprios de cada época e momento histórico. E a pragmática corresponde, fazendo atuar no campo processual os influxos pensados no campo

7 Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. também pontuam que a autocomposição não deve ser vista como forma de desafogar o Poder Judiciário, diminuindo o número de causa em tramitação ou então como forma de se conferir mais celeridade aos processos a qualquer custo (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2018, p. 59-60). Outros valores é que devem guiar a adoção desses meios, e não somente a ótica utilitarista.

8 Como lembra Sarat (1981, p. 1913), como uma enciclopédia, uma “geografia” do procedimento civil, e uma coleção de ensaios sobre a reforma processual, o projeto é admirável. Entretanto, pondera o professor, que como propostas e como avaliação do acesso à justiça, o projeto abre-se a sérios questionamentos, que não nos cabe aqui discorrer.

teórico, daí os diversos modos de se conduzir o processo em atenção às demandas sociais, contextualizadas.

A cada paradigma estatal corresponde uma forma própria de se pensar o acesso à justiça: no modelo liberal, o acesso mais formal, como abertura das portas do Poder Judiciário, acompanhada pela ideia de processo como meio de realização do direito material, com distanciamento do juiz e limites claros no tocante à atividade criativa e protagonismo, em observância aos postulados do liberalismo; no modelo social, clama-se pela igualdade também material, equalização de oportunidades e superação de déficits de igualdade, realização dos direitos sociais, exigências que culminaram na ideia de acesso formal e substancial à justiça, dependente de um processo socializante, a partir da concepção de instrumentalidade e do protagonismo judicial, pelo qual os envolvidos tornam-se espectadores da atividade jurisdicional. Por fim, tratamos do paradigma do Estado democrático constitucional, em cujo contexto a sociedade, cada vez mais complexa e multicultural, clama por adaptações do ordenamento à evolução tecnológica, ao pluralismo, à complexidade das relações sociais e, pois, dos conflitos, à necessidade de abordagens menos dogmáticas e mais multidisciplinares, em atenção aos anseios por participação, reconhecimento e empoderamento, por harmonização, por atendimento mais artesanal e cuidadoso e, portanto, mais atento ao fortalecimento da alteridade.

Nesse contexto é que pensamos os desafios que o direito social de acesso à justiça deve enfrentar para oferecer à sociedade meios efetivos e democráticos de pacificação das controvérsias. Com essa preocupação é que os juristas pensam a inserção de novos meios de resolução de demandas, focando na utilidade e adequação do método ao tipo de conflito e à disposição das partes. Esses esforços de formatação da ideia de um tribunal multiportas, significando essa a disponibilização de alternativas ao processo tradicional para que o jurisdicionado escolhesse o meio mais adequado à resolução de sua demanda, são tratados na terceira onda renovatória de acesso à justiça, do Projeto Florença, como bem frisado no decorrer deste trabalho, e no movimento norte-americano iniciado com a Pound Conference, de 1976, quando restou sedimentada a noção do tribunal multiportas e do modelo Alternative Dispute Resolution, conceitos exportados para diversos ordenamentos jurídicos.

Os movimentos pela adoção de métodos consensuais, conforme defendido, se inserem no paradigma do Estado democrático constitucional, como consectários da exigência de maior participação dos envolvidos nos desenhos da solução do litígio e como decorrência dos limites dogmáticos do processo contencioso para o tratamento de uma gama de conflitos que, se não resolvidos a contento, poderão desencadear outras espirais conflitivas, destrutivas.

Ora, não se trata de rechaçar o processo tradicional como instrumento de resolução de conflitos. Ao contrário. Sua importância para a estabilização de sociedades complexas e altamente conflituosas é capital. Mas, cuida-se de defender uma abordagem mais flexível e ampla de acesso à justiça, dentro da qual se inserem outros meios, mais participativos, informais e dialógicos e, portanto, mais democráticos, a exemplo da mediação e da conciliação, sem, no entanto, endeusar e fechar os olhos para os limites desses métodos.

O processo democrático assume o papel de fiador da legitimidade das decisões judiciais proferidas, principalmente, em lides complexas. Repensar a jurisdição, o redimensionamento do acesso à justiça e o processo a partir da inclusão da voz das partes no iter de formação da decisão judicial ou na composição do litígio é reconhecer a importância da participação democrática como fator legitimador, fortalecedor da cidadania e como garantidor do acesso adequado e substancial à justiça.

Em outras palavras, moldam-se os conceitos e as práticas processuais às exigências contemporâneas relativas à máxima eficácia e garantia dos direitos fundamentais, como pressupostos inerentes à ideia de Estado democrático de direito, pautado na defesa dos direitos humanos. Por fim, a necessidade de abertura democrática, principalmente pela participação dos envolvidos na condução e no desenho das soluções dos conflitos que são levados ao Poder Judiciário deve conduzir os juristas à reflexão sobre o Estado a partir de sua capacidade de efetivação dos direitos humanos em um ambiente constitucional. Isso porque Estado, constituição e direitos humanos são temas intimamente imbricados: os direitos humanos representam a condição de sobrevivência digna do homem, o Estado é o garante da efetividade dos direitos humanos, e a constituição é o espaço jurídico-político em que se define o papel do Estado, as condições de reconhecimento e os instrumentos de efetividade dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 82-97, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. Social and political aspects of civil procedure: reforms and trends in Western and Eastern Europe. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 69, n. 5, p. 847-886, Apr. 1971. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1287304>. Acesso em: 17 maio 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos. *In*: ZANETI JUNIOR, Hermes;

CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 37-65. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, 9).

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERNANDES, Geovana Faza da Silveira. Por uma fundamentação dos meios consensuais de tratamento de conflitos: a teoria do agir comunicativo como lastro filosófico da mediação

e conciliação. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 26, 2017, Brasília. **Anais** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 64-83. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/9d07a45e/vFJ49CcyYJ8y3oNy.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

FERNANDES, Geovana Faza da Silveira; PAULA, Mônica Micaela de. A judicialização das relações sociais e a adoção dos meios consensuais de solução dos conflitos. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 1-21, jan./jun. 2018.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teorias do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 27-35.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teorias do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 125-150.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Jurisdição e pacificação**: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: Editora CRV, 2017.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SARAT, Austin. Book review. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 94, n. 8, p. 1911-1924, June 1981. Resenha da obra de: CAPPELLETTI, Mauro (ed.). *Access to justice*. Milano: Giuffrè; Alphen aan den Rijn: Sijthoff: Noordhoff, 1978. v. 1-4.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2016.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

YARSHELL, Flávio. Para pensar a Semana Nacional de Conciliação. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, p. A3, 8 dez. 2009.

Como citar: FERNANADES, Geovana Faza da Silva; ALMEIDA, Marcelo Pereira de. O Redimensionamento do Conceito de Acesso à Justiça no Paradigma Democrático Constitucional: Influxos da Terceira Onda Renovatória. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 1, p. 41-62, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p41. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 30/06/2018.

Aprovado em: 08/10/2018.

**VALIDADE E EFICÁCIA DOS “TESTAMENTOS INTELIGENTES”
VIA TECNOLOGIA BLOCKCHAIN**

**VALIDITY AND EFFECTIVENESS OF “SMART WILLS”
THROUGH BLOCKCHAIN TECHNOLOGY**

Lucas Salles Moreira Rocha*
Frederico Felix Gomes**
Tereza Cristina Monteiro Mafra***

*Mestre em Direito em 2017 pela Faculdade Milton Campos (FMC)
Pós-Graduando em Direito em 2016 pela IBMEC (IBMEC)
Graduado em Direito em 2013 pela Faculdade Milton Campos (FMC)
E-mail: rocha.lucas@gmail.com

**Mestre em Direito em 2015 pela Faculdade Milton Campus (FMC)
Especialista em Direito em 2011 pela Faculdade Milton Campus (FMC)
Graduado em Direito em 2010 pela Faculdade Milton Campus (FMC)
E-mail: ffelix2210@gmail.com

***Doutora em Direito em 2013 pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
Mestre em Direito em 2000 pela Universidade Federal de Minas Gerais (FDUFMG)
Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (FMC)
E-mail: tereza.c.mafra@terra.com.br

Como citar: ROCHA, Lucas Salles Moreira; GOMES, Frederico Felix; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Validade e Eficácia dos “Testamentos Inteligentes” via Tecnologia Blockchain. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 63-80, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p63. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar a validade e eficácia dos “testamentos inteligentes”, entendidos para fins deste trabalho como testamentos particulares autoexecutáveis e possibilitados pela tecnologia *blockchain*. Pelos métodos exploratório e analítico-dogmático, propõe-se a possibilidade de realização de “testamentos inteligentes” no Brasil, pela utilização dessa inovadora tecnologia. Primeiramente, analisa-se a tecnologia *blockchain*, sua estrutura como rede descentralizada e seu funcionamento, suas diferentes aplicações, com foco nos “smart contracts”. Após, é realizada uma revisão da literatura sobre os diferentes tipos de testamentos, principalmente dos testamentos particulares, suas principais características, peculiaridades e as causas que fazem com que tal instrumento seja pouco utilizado atualmente. Em seguida, busca-se demonstrar como a tecnologia *blockchain* pode ajudar a tornar tais instrumentos mais confiáveis e autoexecutáveis, sem, contudo, ignorar as dificuldades técnicas a serem superadas posteriormente.

Palavras-chave: Blockchain. Contratos inteligentes. Testamentos particulares.

Abstract: The scope of this article is to analyze the legal validity and effectiveness of “smart wills”, also known as “cryptowills”, which can be understood as automatic or self-executable wills made possible through blockchain technology. Through exploratory and analytical-dogmatic methods, this article implies the possibility of realizing “intelligent wills” in Brazil, by the use of this innovative technology. First, this paper analyzes the

blockchain technology, its different applications, its structure as a distributed computer network and how it works, focusing on smart contracts. After, it is reviewed the Brazilian legislation regarding testaments, mainly private testaments, its characteristics, peculiarities and the reasons why this kind of testaments are not often used nowadays. Finally, this article seeks do demonstrate how blockchain technology may help to make these testaments more trustworthy and self-executables, without disregard the technical difficulties to be overcome.

Keywords: Blockchain. Smart contracts. Private wills.

INTRODUÇÃO

O mundo encontra-se no limiar de mais uma revolução tecnológica. A rede mundial de computadores está ingressando em uma nova etapa, marcada notadamente pelo fenômeno da “descentralização”. Estudos realizados ao longo das últimas décadas resultaram em um grande avanço nas áreas da criptografia e sistemas de computação distribuídos, resultando no surgimento de uma nova tecnologia com potencial disruptivo, conhecida como *blockchain*.

A tecnologia *blockchain* se trata de verdadeira evolução na economia P2P (“peer to peer”), ou de “ponta-a-ponta”, marcada notadamente pela colaboração entre os usuários dentro de uma rede descentralizada de computadores. Ao combinar uma rede “ponta-a-ponta”, algoritmos de criptografia, armazenamento de dados em nuvem e um mecanismo de consenso descentralizado, a tecnologia *blockchain* propicia, por exemplo, que seus usuários expressem sua concordância em determinados negócios jurídicos, bem como armazenem certos documentos de maneira segura e publicamente verificável.

Em razão dessas características estruturais, a *blockchain* tem o potencial de desburocratizar diversas áreas dos setores públicos e privados, simplesmente eliminando a necessidade de “intermediários”. Suas aplicações são diversas, desde criptomoedas, como o *bitcoin*, até os chamados “smart contracts” ou “contratos inteligentes”. Dentre as diferentes espécies de “contratos inteligentes” encontram-se os “testamentos inteligentes”, passíveis de enquadramento no âmbito dos testamentos particulares.

Além dos requisitos gerais, a legislação pátria impõe restrições específicas quanto à forma do testamento, condicionando sua validade à observância de determinados pressupostos. Inobservada a forma prescrita e sendo inválido, a consequência seria a ineficácia do instrumento. No que tange ao testamento particular, a projeção dos efeitos desejados está condicionada, v.g., à confirmação judicial, algo que não se mostra viável no caso dos “testamentos inteligentes”. Seria possível, nesse sentido, dotar tais instrumentos de validade e eficácia?

O presente artigo buscará, portanto, analisar juridicamente e pelo método exploratório as questões que permeiam o tema, no intuito de contribuir para a evolução das discussões sobre a matéria no campo do direito.

Além da introdução e das considerações finais, o artigo está organizado em quatro tópicos. No primeiro deles, tratar-se-á das aplicações práticas da tecnologia *blockchain*, que viabiliza a criação dos “testamentos inteligentes”. No segundo item será abordada a questão da autonomia privada e interferência estatal no âmbito da elaboração de “testamentos inteligentes”, para, no tópico seguinte, tratar da existência, validade e eficácia de tais instrumentos. No último item, o artigo versa sobre os desafios a serem superados pelos “testamentos inteligentes”, para que estes se tornem viáveis e ganhem popularidade no mercado.

1 A TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN* E SUAS APLICAÇÕES PRÁTICAS

Antes do advento da tecnologia *blockchain*, era praticamente impossível coordenar ações individuais na rede mundial de computadores sem o auxílio de uma autoridade ou órgão “central”, capaz de garantir a incolumidade dos dados trafegados.

Podemos citar, por exemplo, uma transação bancária via *internet banking*. Até hoje, sempre foi necessário que um terceiro, no caso a própria entidade bancária, confirmasse a transação efetuada, emitindo um comprovante verificável pelas partes envolvidas. A aparente necessidade de uma “autoridade verificadora” supostamente advém de um antigo problema proposto dentro da Ciência da Computação, intitulado “Problema dos Generais Bizantinos” (LAMPOR; SHOSTAK; PEASE, 1982).

A tecnologia *blockchain* resolve referido problema sob a ótica da *probabilidade*. A citada tecnologia propicia que informações trafegando dentro de uma rede de computadores se tornem mais transparentes e publicamente verificáveis, utilizando equações matemáticas que demandam grande capacidade computacional para serem resolvidas. Isto faz com que eventuais ataques com objetivo de corromper uma base de dados distribuída sejam virtualmente impossíveis, pois demandaria que os atacantes detivessem a maior parte do poder computacional de toda a rede.

Dessa maneira, podemos dizer que o protocolo *blockchain* garante que as transações efetuadas dentro de uma determinada rede, que se utiliza deste protocolo, sejam válidas e registradas no repositório compartilhado de informações apenas uma vez, possibilitando, assim, que seus usuários realizem transações (dotadas de valor econômico ou não) de maneira descentralizada, sem necessidade de um terceiro garantidor, cuja função seria justamente verificar e validar tais transações.

A *blockchain* nada mais é que uma base de dados que armazena diversas transações, as quais são organizadas de maneira cronológica e registradas por uma rede de computadores. Cada uma das plataformas *blockchain* existentes no mercado (ex.: *bitcoin*, *ethereum*, *corda*, *quórum*, etc.) possuem uma criptografia própria, podendo todas serem divididas em conjuntos menores de dados, chamados “blocos” (“blocks”).

Cada um desses blocos possui informações sobre um certo número de transações; uma referência sobre o bloco predecessor; além de uma resposta para um problema matemático complexo, a qual é utilizada para validar as informações associadas àquele bloco específico.

Assim, uma cópia da *blockchain*, como um todo, é armazenada em todos os computadores dentro desta rede, que periodicamente realizam a sincronização dos dados, de modo que todos na rede possuam uma cópia idêntica daquela base de dados (BONNEAU *et al.*, 2015).

Com objetivo de garantir que apenas transações legítimas sejam registradas na *blockchain*, os computadores dentro da rede confirmam que eventuais novas transações são válidas sem que as transações antigas sejam invalidadas. Um novo “bloco” será anexado ao fim da *blockchain* somente após tais computadores chegarem a um consenso acerca da validade daquela transação. Por sua vez, tal consenso é alcançado dentro da rede por diferentes mecanismos de votação, sendo que o mais famoso destes mecanismos é o “*Proof of Work*”, que depende da quantidade de poder computacional “dado” para a rede (WRIGHT; FILIPPI, 2015).

O mecanismo acima citado (“Proof of Work”) demanda que determinados computadores dentro da rede, conhecidos popularmente como “mineiros” ou “mineradores” (“miners”) resolvam problemas matemáticos extremamente complexos, enquanto outros verificam se a resposta para este problema não corresponde a uma transação previamente registrada.

Como forma de incentivo ao “mineradores”, ou seja, para que estes continuem a despender grande poder computacional para resolver tais problemas matemáticos, o que consome vultuosos recursos, estes podem receber uma certa quantidade de criptomoeda ou um crédito sobre as taxas (equivalentes a uma fração de uma criptomoeda) utilizadas para realização das transações (ex.: *bitcoin, ether, etc.*).

Uma vez que um novo “bloco” é adicionado à *blockchain*, ele jamais poderá ser deletado, sendo que todas as transações registradas neste “bloco” poderão ser acessadas e verificadas por qualquer usuário dentro da rede (GREENSPAN, 2016). De maneira ilustrativa, podemos dizer que a *blockchain* é uma espécie de “livro registro”, onde cada novo “bloco” representa uma nova página neste livro. Este é inclusive um problema da tecnologia *blockchain*, eis que o crescimento da cadeia de blocos é proporcional ao tempo gasto para confirmação de uma transação (WRIGHT; FILIPPI, 2015).

Atualmente, o tempo de espera para que uma transação atinja o consenso na rede é de aproximadamente dez minutos (WRIGHT; FILIPPI, 2015). Caso a cadeia fique muito grande, as transações poderão ser inviáveis em razão do tempo de espera de confirmação destas transações. Neste caso, a solução seria a limitação do número de transações registradas em cada “bloco”, ou então o aumento no número de usuário dispostos a “minerar” tais transações.

Analisado o conceito e estrutura da *blockchain*, pode-se facilmente perceber o seu enorme potencial. Além da criação de criptomoedas, tal tecnologia é utilizada, por exemplo, no registro e assinatura de documentos, por meio de criptografia assimétrica, como a utilizada atualmente pela tecnologia do processo eletrônico judicial (PJe); na criação de mecanismos de votação seguros; além da implementação dos chamados “*smart contracts*”, ou “contratos inteligentes”.

Pode-se considerar os “contratos inteligentes” como a grande tecnologia disruptiva dentro da prática jurídica, nas últimas décadas. Ao se utilizar uma base de dados compartilhada, tal qual a *blockchain*, as partes contratantes podem confirmar que um evento ou condição de fato ocorreu, sem a necessidade de um terceiro de confiança.

De maneira geral, os “contratos inteligentes” são a implementação de um negócio jurídico, cujas provisões foram escritas e formalizadas através de um código fonte, que nada mais é que um texto escrito na forma de uma determinada linguagem de programação (ex.: HTML5, Java, C++, Delphi, Python, etc.) e depois, traduzida para a linguagem de máquina (código binário composto por valores 0 e 1), por meio de um compilador (WRIGHT; FILIPPI, 2015).

Dessa maneira, as partes contratantes podem estruturar sua relação contratual de maneira mais clara, sem a presença de ambiguidades (devido à compreensão binária de uma máquina), e, ainda, de maneira automatizada ou “auto executável”.

Primeiramente, é preciso esclarecer que os “*smart contracts*” não foram criados a partir

da tecnologia *blockchain*. Podemos dizer que as tradicionais máquinas de refrigerante, onde inserimos um certo valor pecuniário com objetivo de receber uma lata ou garrafa da bebida, pode ser considerado um “smart contracts”, mesmo que primitivo. O mérito da tecnologia *blockchain* foi justamente tornar a relação entre as partes mais confiável, dispensando-se a necessidade de um terceiro fiduciário.

Os “smart contracts” podem ainda ser entendidos como a representação de um acordo, no qual se verifica o cumprimento de uma condição anteriormente estabelecida, que ocasiona uma consequência, também previamente consentida.

Assim, o funcionamento dos “smart contracts” segue a lógica “se X, então Y”, contida no código fonte pelo qual o contrato é regido, tornando-se, assim, auto executável, na medida em que o adimplemento de uma condição ou ocorrência de um evento desencadeia um resultado específico pré-estabelecido ou, literalmente, programado.

O leitor mais atento irá notar que os “contratos inteligentes”, na verdade, não são tão inteligentes assim. Isto porque são limitados pela linguagem compreendida por um computador, que por sua vez é binária. Obviamente, contratos redigidos por advogados são muito mais complexos, contendo, por vezes, ambiguidades propositais, que demandam uma tarefa interpretativa pelo leitor do documento.

Diferentemente, um “contrato inteligente” não foi feito para ser interpretado, mas sim executado no caso do advento de uma condição. Uma vez que o código do “contrato inteligente” é escrito em linguagem de programação, ele pode ser inserido e registrado na *blockchain*, e somente a lógica transcrita naquele contrato é que regerá a relação contratual tida entre as partes.

Nota-se, portanto, que as provisões constantes dentro de um “contrato inteligente” são extremamente limitadas. As partes não podem fazer usos de determinadas cláusulas, como aquelas que estipulam direitos, obrigações, foro competente, legislação aplicável, etc.

Em que pese tais limitações, o desenvolvimento de tecnologias envolvendo “smart contracts” está crescendo exponencialmente. Nos últimos anos, diversos projetos que utilizam a tecnologia *blockchain* - como *Ethereum*, *Counterparty* e *Mastercoin* - estão desenvolvendo linguagens de programação (aquelas utilizadas para redigir o código fonte de “contrato inteligente”) que possibilitam a criação de “smart contracts” cada vez mais sofisticados.

Dentre estas novas espécies de “contratos inteligentes”, estão os “smart wills” ou “cryptowills”, que podem ser entendidos como verdadeiros testamentos auto executáveis, os quais chamaremos neste trabalho específico de “testamentos inteligentes”.

Trata-se de uma nova realidade e que já se encontra presente no mercado. A título de exemplo, citamos a empresa “Blockchain Apparatus”, que se encontra desenvolvendo uma tecnologia que possibilitará a execução destes “testamentos inteligentes”¹.

O objetivo dos “testamentos inteligentes” é justamente dar efetividade às declarações últimas de vontade de uma pessoa sem a necessidade de um terceiro, que faça cumprir esses desejos. Trata-se da possibilidade de eliminação das figuras do notário, do testamenteiro ou mesmo

1 Disponível em: <http://blockchainapparatus.com/smart-contracts/>. Acesso em: 17 nov. 2017.

do juiz de direito, além de prover eficácia e executividade ao instrumento.

Imagine-se a seguinte situação hipotética: Fulano, titular de uma vultuosa carteira de criptomoedas, resolve deixar tal ativo para um de seus herdeiros, que também possui uma carteira própria dessas criptomoedas. Para tanto, Fulano resolve registrar um “testamento inteligente”, por exemplo, na *blockchain* da empresa *Ethereum*. Conforme o código transcrito nesse documento, no advento da morte de Fulano, os valores contidos em sua carteira de criptomoedas serão automaticamente transferidos para seu herdeiro, sem necessidade de confirmação por um terceiro.

Todavia, será que a legislação brasileira permite este tipo de transação por meio dos “testamentos inteligentes”? Qual seria a verdadeira eficácia destes instrumentos? Quais os limites? Quais problemas os “testamentos inteligentes” resolvem e quais os desafios a serem superados? Estas e outras questões serão doravante analisadas. Todavia, antes de buscar tais respostas, mostra-se necessária uma revisão das normas legislativas que regulam os atos sucessórios no Brasil.

2 INTERFERÊNCIA ESTATAL E AUTONOMIA PRIVADA NA CONFECÇÃO DE “TESTAMENTOS INTELIGENTES”

A legislação em vigor preceitua que a “sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade” (Código Civil, art. 1.786) (BRASIL, 2002). Neste dispositivo, encontram-se identificadas as duas formas de sucessão autorizadas pelo ordenamento jurídico pátrio, quais sejam a legítima, disposta em lei, e a testamentária, que decorre da vontade do falecido².

Absoluta não é, entretanto, a autonomia do testador para dispor de seu patrimônio. O CC/02 (art. 1.845) determina que são herdeiros necessários os ascendentes, os descendentes e o cônjuge, e atribui a estes a legítima, composta pela metade dos bens do *de cuius* (art. 1.846). O citado diploma, ao determinar que a legítima não pode ser objeto de testamento (art. 1.857, § 1º), restringe a autonomia privada e tenta equilibrar o interesse da família com a vontade do testador³.

Assim, existindo herdeiros necessários a herança é fracionada em duas metades iguais, quais sejam a legítima, reservada aos herdeiros necessários, e a porção disponível, que pode ser objeto de livre disposição por testamento. Somente nos casos em que não haja herdeiros necessários, é que o testador poderá dispor livremente da totalidade de seus bens. Lado outro, em sendo a sucessão *ab intestato*, ou seja, sem testamento, os herdeiros legítimos serão os únicos titulares dos bens deixados pelo *de cuius*.

Segundo Washington de Barros Monteiro (2011, p. 23), a limitação à liberdade de testar se mostra mais adequada do que a autonomia plena para disposição dos bens após a morte, pois o elemento individual não deve se sobrepor ao elemento social:

2 Além de tratar dos aspectos patrimoniais da sucessão, afetos ao presente estudo, o testamento pode, ainda, dispor sobre questões de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado (CC/02, art. 1.857, §2º), tais como o reconhecimento de filhos (CC/02, art. 1.609, III), nomeação de tutor para o filho menor (CC/02, art. 1.634, VI) e a reabilitação do indigno (CC/02, art. 1.818). (BRASIL, 2002).

3 Existe, ainda, restrição com relação às cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, que somente podem recair sobre a legítima se houver justa causa (CC/02, art. 1.848). (BRASIL, 2002).

Há quem propugne pelo ilimitado direito de testar, sem nenhuma restrição, podendo abranger, destarte, todo o patrimônio do testador, sem reserva alguma. [...] Alegou-se, a propósito, que a existência da legítima implicaria ofensa ao direito de propriedade, contribuindo, ao mesmo tempo, para enfraquecimento da autoridade paterna. O sistema que afinal triunfou (liberdade de testar limitada), incontestavelmente, é o melhor, porque de modo perfeito concilia os elementos em que se apoia o direito hereditário: de um lado, a propriedade, elemento individual, de outro, a família, elemento social. Outorgar ao indivíduo plena liberdade de testar seria conferir preeminência ao elemento individual, em detrimento do social. Com irrestrita liberdade de testar, o testador poderia transformar-se num ser odioso, instrumento, talvez, de seu egoísmo e de sua cegueira (MONTEIRO, 2011, p. 23).

Na maior parte dos sistemas jurídicos há regras limitadoras da liberdade de testar. Dentre aqueles que adotam um sistema hereditário clássico, fundado no modelo romano, como França, Itália, Espanha, existe uma parte da herança que necessariamente é destinada a determinados herdeiros (legítima ou reserva). Lado outro, os países que adotam o sistema anglo-saxônico reconhecem uma mais ampla liberdade de testar, que, porém, não é absoluta, pois, em geral, exige o reconhecimento do direito a alimentos como devido a certos parentes e ao cônjuge (Inglaterra, Estados Unidos, México). Deve-se, ainda, mencionar um modelo intermediário, no qual os herdeiros necessários só fazem jus à legítima na hipótese de necessidade, a exemplo de Rússia, Estônia, Eslovênia e Polônia (FERNÁNDEZ-HIERRO; FERNÁNDEZ-HIERRO, 2010, p. 26-27).

Para parte da doutrina contemporânea, a limitação à autonomia privada, imposta pela legítima, encontraria fundamento na proteção à família do testador (NEVARES, 2006, p. 163):

Na orientação do dever de solidariedade entre os membros da família, estão as regras da sucessão legítima, em especial aquelas que consagram a sucessão necessária, pois estabelecem uma possibilidade de distribuição de valores materiais entre os familiares e, dessa forma, um mecanismo em potencial de libertação das necessidades, como meio de concretização de uma vida digna.

As restrições à autonomia privada, entretanto, podem tratar não apenas do conteúdo do negócio jurídico, como é o caso da legítima, mas também da sua formação. No que tange às restrições formais, “o princípio da liberdade de forma - que é uma das conquistas das civilizações modernas, já consagrado no Código Civil de 1916 (art. 129) e adotado pelo novo Código Civil (art. 107) - não se aplica ao testamento” (VELOSO, 2007, p. 141).

No âmbito do testamento, o formalismo é imposto notadamente para garantir a existência e a veracidade da vontade do testador, pois os efeitos do testamento ocorrerão em momento em que este já tiver falecido, ou seja, em momento que o autor do documento não poderá agir para garantir a sua correta interpretação (PRETTO, 2015, p. 88).

A legislação pátria impõe, portanto, restrições quanto à forma do testamento, e condiciona sua validade à observância de determinados requisitos. Duas são as categorias de testamentos previstas em lei, quais sejam os *comuns* e os *especiais*.

No âmbito dos testamentos comuns, tem-se as formas pública, particular e cerrada (CC/02, art. 1.862). Na esfera dos testamentos especiais, encontram-se os marítimos, aeronáuticos e militares (CC/02, art. 1.886), os quais não serão analisados, pois estes somente podem ser utilizados em situações excepcionais, que não se enquadram nas hipóteses propostas por este estudo.

Segundo Orlando Gomes (2008, p. 105), a orientação legislativa de permitir o testamento comum em várias formas é justificada por diversas razões:

Razões diversas justificam a orientação legislativa de permitir o testamento comum em várias formas, todas inflexivelmente configuradas. Deixando-as à escolha de quem se dispõe a testar, atende a lei, de um lado, a respeitáveis conveniências pessoais, e, de outro, a contingências que privariam algumas pessoas do exercício desse poder, se desatendidas. O receio de desaparecimento do escrito induz, não raro, à preferência por forma testamentária que o afasta. O desejo de que permaneçam desconhecidas até a morte as disposições de última vontade satisfaz-se no testamento secreto. A impossibilidade de ler, escrever ou ouvir a declaração de vontade determina, por sua vez, a exigência de determinada forma

Para fins deste trabalho, não se mostra pertinente discorrer acerca dos diversos procedimentos e formalidades a serem seguidos para cada espécie de testamento. Entretanto, importante salientar que tanto os testamentos públicos, quanto os cerrados, têm como requisito fundamental a participação de tabelião ou substituto legal na confecção do instrumento (CC/02, arts. 1.864 e 1.868).

Assim, dentre os testamentos comuns, importam para esta pesquisa os testamentos particulares, que, por dispensarem a participação de notário na sua confecção, podem ser os únicos a serem classificados como “testamentos inteligentes” e, utilizados no âmbito da tecnologia *blockchain*.

O testamento particular é escrito pelo testador de próprio punho ou por processo mecânico, lido a três testemunhas e por todos assinado, conforme determina o art. 1.876, §1º e §2º do CC/02. Não obstante ser a forma testamentária mais simples prevista no ordenamento, sua eficácia condiciona-se ao preenchimento das seguintes formalidades: (i) publicação em juízo, com citação dos herdeiros legítimos (CC/02, art. 1.877); (ii) inquirição de testemunhas, que deverão reconhecer em juízo suas próprias assinaturas e a do testador (CC/02, art. 1.878)⁴; e (iii) confirmação do testamento pelo juiz. A força executória dos testamentos particulares tem, nesse sentido, sua eficácia condicionada à confirmação judicial (GOMES, 2008, p. 126-128).

Feitas estas considerações, mister se faz examinar, ainda que brevemente, as três dimensões do negócio jurídico, quais sejam existência, validade e eficácia, sob a ótica dos testamentos. A existência do testamento tem início com a declaração de vontade do testador, a qual deve ser dotada de forma e conteúdo que atendam às circunstâncias negociais, e que fazem com que o ato

⁴ Somente em casos excepcionais, de morte ou ausência, e de comparecimento de pelo menos uma testemunha, é que o testamento poderá ser confirmado, se, a critério do juiz, houver prova suficiente de sua veracidade (CC/02, art. 1.878, parágrafo único). (BRASIL, 2002).

seja visto socialmente como destinado a produzir seus efeitos jurídicos (AZEVEDO, 1974, p. 32-33).

O ingresso do testamento no plano da existência não importa, entretanto, na sua validade, que está condicionada ao preenchimento de determinados requisitos. No ordenamento pátrio, os requisitos gerais do negócio jurídico estão previstos no art. 104 do CC/02, que determinam serem necessários: (i) agente capaz; (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e (iii) forma prescrita ou não defesa em lei.

No caso do testamento particular, o CC/02 impõe, ainda, requisitos específicos, como por exemplo, a necessidade de ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico, de ser assinado pelo testador, e de ser lido na presença de ao menos três testemunhas, que também deverão assinar o documento.

Por fim, ainda que o testamento exista e seja válido, ele ainda não é eficaz. É que os efeitos almejados a partir da realização do negócio jurídico somente serão alcançados se este passar pelos planos da existência e validade, alcançando, posteriormente, a dimensão da eficácia, a qual se refere ao início da produção de efeitos do negócio jurídico. A respeito do tema, Pontes de Miranda (1955, p. 68) leciona:

Existindo o ato jurídico, pode ser válido ou não-válido (= nulo ou anulável), eficaz ou ineficaz. Se o negócio jurídico não existe, não há pensar-se em conceito de validade ou de eficácia. Primeiro vem o ser que o valor e o ter efeitos. De modo que, ao dizer-se ser ineficaz o negócio jurídico, não se lhe nega existência: implicitamente se afirmou que existe negócio jurídico; ao dizer-se que é nulo, ou anulável, implícita está, na afirmação de nulidade ou de ineficácia, a de existência. O sem-efeitos que não existe é sem efeitos porque não é: não é; e, pois, seria absurdo que tivesse efeitos. O sem-efeitos, de que se pode falar e só dele tem sentido falar-se, é o ser que é sem efeitos: é, mas faltam-lhe efeitos. O que não existe é nada; se lhe chama “nulo” é em sentido que não se põe no plano da validade: é o não-ser, que equivocadamente se chamou de nulo. A falta de eficácia não é déficit do negócio jurídico mesmo; é não-ser das consequências.

A regra geral para que o testamento se torne eficaz reside na manutenção, pelo testador, de sua declaração, sem revogação, até a morte. Somente após a morte do testador é que o testamento, até então limitado às duas primeiras dimensões do negócio jurídico, poderá projetar os seus efeitos no mundo jurídico (AZEVEDO, 1974, p. 32-33).

No que tange ao testamento particular, esta não é, entretanto, a única condição para ingresso no plano da eficácia. Como foi visto oportunamente, a projeção dos efeitos desejados, neste caso, está condicionada à confirmação judicial do instrumento.

Para Washington de Barros Monteiro (2011, p. 165), o maior defeito do testamento particular é a possibilidade de fraude, que são menos passíveis de acometer as outras formas previstas em lei, por demandarem a participação de notário na sua confecção. Seguindo esta mesma linha de raciocínio, Arnoldo Wald (2009, p. 175-176) leciona que os inconvenientes do testamento particular residem na possibilidade de pressão, substituição ou alteração de disposições

últimas de vontade.

Nesse sentido, o requisito de confirmação judicial do testamento particular foi inserido no ordenamento jurídico, justamente para conferir maior segurança jurídica à modalidade em comento⁵.

Ocorre que, na prática, as restrições impostas pelo legislador prejudicam a utilização deste instrumento, a ponto de torna-lo extremamente raro (WALD, 2009, p. 175-176). Para Orlando Gomes (2008), a citada restrição não apenas dificulta a atribuição de eficácia ao testamento particular, mas quase proíbe a sua utilização, tendo o legislador perdido a oportunidade de simplificar a execução do testamento particular, com a dispensa da confirmação que poderia ter sido substituída por formalidade mais simples:

As formalidades prescritas para o cumprimento do testamento particular, principalmente a *confirmação*, dificultam a sua eficácia. A lei o cercou de tamanhas cautelas, ameaçando-o de vida tão precária, que, em verdade, quase o proibiu. Com estas expressões, **condena-se a política do legislador em relação a essa forma testamentária. Inobstante ter o legislador reduzido as formalidades anteriormente exigidas, perdeu a oportunidade de simplificar a execução do testamento particular com a dispensa da confirmação que poderia ter sido substituída pela obrigatoriedade do reconhecimento da letra e firma do testador e da assinatura das testemunhas, assim como pela exigência de que, ao reconhece-las, anotasse o tabelião, em livro próprio, o dia, mês e ano em que o testamento foi feito, registrando o nome das pessoas que o assinaram** (GOMES, 2008, p. 127-128, grifo nosso).

De outro lado, deve-se destacar a posição predominante no STJ que, na análise da validade dos testamentos particulares, vem considerando, com muita ênfase, a máxima preservação da vontade do testador.

Por conta disso, a jurisprudência do STJ (BRASIL, 2017) vem flexibilizando as formalidades prescritas em lei no tocante ao testamento particular, decidindo que a constatação de vício formal, por si só, não deve ensejar a invalidação do ato, sobretudo se demonstrada, por ocasião do ato, a capacidade mental do testador para livremente dispor de seus bens. Isto é o que se extrai da decisão proferida no AgInt no REsp 1521371/MG, de relatoria do Ministro Marco Buzzi, da Quarta Turma (BRASIL, 2017):

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - TESTAMENTO - AUSÊNCIA DE VÍCIO DE VONTADE - REQUISITOS LEGAIS - PREENCHIMENTO - VALIDADE - FINALIDADE DO ATO - DELIBERAÇÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO. INSURGÊNCIA DOS AUTORES DA AÇÃO ANULATÓRIA. 1. O conteúdo normativo dos dispositivos legais tidos por violados - artigos 104, 138, 145, 166, 167, 171 e seguintes do Código Civil - não foram objeto de exame pela instância ordinária, razão pela qual incide, na espécie, o enunciado da Súmula 211/STJ. 2. A jurisprudência

⁵ Para efeitos penais, o testamento particular é, inclusive, equiparado a documento público, conforme preceitua o art. 297, §2º do Código Penal, que tipifica o crime de falsificação de documento público.

desta e.g. Corte Superior entende que, na elaboração de testamento particular, é possível sejam flexibilizadas as formalidades prescritas em lei na hipótese em que o documento foi assinado por testador e por testemunhas idôneas. Incidência da Súmula 83/STJ. Precedentes: AgRg nos EAREsp 365011/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, DJe de 20/11/2015; REsp 302767 / PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 24/09/2001; REsp 753261/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJE de 05/04/2011. 3. Agravo interno desprovido.

Os testamentos particulares possuem especial importância em nosso contexto jurídico, sobretudo por se tratarem de instrumentos menos burocráticos para a concretização das últimas vontades de uma pessoa. Pelo contrário, devemos utilizar as novas tecnologias ao nosso favor, de modo a conferir efetividade a tão relevante instrumento jurídico, relegado à obscuridade em razão da necessidade de confirmação imposta pelo legislador pátrio. Então, como a tecnologia poderá ser utilizada para resgatar e ampliar o uso do testamento particular? É o que se buscará analisar a seguir.

3 VALIDADE E EFICÁCIA DOS “TESTAMENTOS INTELIGENTES”

Conforme exposto anteriormente, os requisitos específicos para validade dos testamentos particulares são: a necessidade de ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico, de ser assinado pelo testador, e de ser lido na presença de ao menos três testemunhas, que também deverão assinar o documento. Além desses, são também necessários os requisitos gerais de validade do negócio jurídico, quais sejam: (i) agente capaz; (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e (iii) forma prescrita ou não defesa em lei.

Primeiramente, não vemos maiores dificuldades no atendimento dos dois primeiros requisitos gerais de validade dos negócios jurídicos, bastando a capacidade do testador e ainda, que o objeto a ser herdado seja lícito, possível, determinado ou determinável. Se trabalharmos com a hipótese sugerida no item “2” deste trabalho (testamento deixando uma “carteira de *bitcoins*”), temos que ambos podem ser atendidos, tendo em vista as criptomoedas terem, inclusive, valor econômico e ainda, não serem proibidas em lei, pelo menos não até o presente momento.

Já o terceiro requisito, referente a forma prescrita ou não defesa em lei, relaciona-se aos requisitos específicos acima citados, os quais serão enfrentados individualmente. Em relação à necessidade de ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico, tal requisito é facilmente superável, eis que os “contratos inteligentes” são escritos através do uso de linguagem de programação computacional, sendo, portanto, um “processo mecânico”. A assinatura pelo testador também é facilmente superável, pois ao registrarmos um documento na *blockchain*, seu autor deverá necessariamente apor sua assinatura eletrônica.

O processo de assinatura digital e registro de documentos na *blockchain* é relativamente simples, bastando seu usuário possuir um par de chaves assimétricas (pública e privada) e adquirir um “carimbo de tempo” (“timestamp”), cujo valor corresponde a uma fração da criptomoeda pertencente à *blockchain* na qual este usuário deseja registrar seu documento (WALKER, 2016).

A assinatura digital pode ser considerada uma das espécies mais seguras de autenticação de documentos, pois utiliza técnicas avançadas de criptografia, cuja quebra é tarefa demorada, além de combinar fatores adicionais de autenticação para o uso, como por exemplo, uma senha ou *token*. Este tipo de assinatura utiliza um par de chaves assimétricas (pública e privada) que consiste na geração de códigos pareados com certa quantidade de símbolos (1.024 ou 2.048 bits) e que funcionam somente se associados. Ao utilizarmos uma *blockchain*, fazemos uso de uma chave pública e uma privada.

Quando a assinatura digital é utilizada, seu detentor pode permitir que o interessado utilize sua chave pública para criptografar a mensagem, de modo que somente o receptor possa decifrar a mensagem, vez que está na posse da chave privada.

Como os procedimentos acima levam tempo, em razão do processamento complexo da criptografia para efetuar as operações que garantem a autenticação, é possível que se aplique a função computacional conhecida como “hash” no documento que é objeto de operação e, em seguida, cifrar o resultado com a chave privada do emissor, atribuindo ainda o citado “carimbo de tempo”. A conferência da integridade do documento e da assinatura se dá pela decifragem do “hash” criptografado com a chave pública do emissor, devendo-se chegar aos mesmos valores anteriores. Caso isso aconteça, o procedimento foi íntegro e a autenticidade está confirmada.

Nesse sentido, nos termos do artigo 10º da medida provisória 2.200-2 de 2001, temos que as declarações de vontade ratificadas por assinaturas digitais ou certificados digitais expedidos pela Instituição de Chaves Públicas Brasileiras (ICP-Brasil) são consideradas autênticas em relação a quem as utiliza e não retira a validade de outras formas de assinatura digital, desde que aceitas pelas partes envolvidas ou forem admitidas de tal forma.

Em relação ao terceiro requisito específico, qual seja a leitura e assinatura por três testemunhas, temos que todo o raciocínio referente à assinatura digital pelo testador pode ser aplicado às testemunhas do documento. Dessa maneira, o “testamento inteligente” pode ser assinado digitalmente por um número infinito de agentes, bastando para tanto a aquisição dos “carimbos de tempo” e do par de chaves assimétricas. Já a leitura mostra-se um pouco mais complicada.

Isto ocorre, pois, como dito anteriormente, os “testamentos inteligentes” são escritos por meio de linguagem de programação, ou seja, são uma sequência lógica de linhas de código. Assim, o ideal é que as testemunhas tenham a capacidade de ler este código fonte, de modo a confirmar a intenção do testador. Todavia, cumpre salientar que a própria jurisprudência vem relativizando tal requisito, muitas vezes dispensando a leitura do documento, desde que inequívoca a última vontade do testador, como demonstrado anteriormente.

O STJ (BRASIL, 2006), no julgamento do REsp 828.616/MG, de relatoria do Ministro Castro Filho, manifestou-se no sentido de que, apesar da solenidade que envolve a realização do testamento particular, seria possível abrandar o rigorismo formal no tocante as imprecisões do ato relativas às testemunhas (tais como o número de testemunhas e a leitura do testamento para elas), sempre que, redigido e assinado o ato pelo testador, fosse possível extrair dos demais elementos probatórios acostados aos autos a certeza de que era sua a vontade ali retratada:

RECURSO ESPECIAL. TESTAMENTO PARTICULAR. VALIDADE. ABRANDAMENTO DO RIGOR FORMAL. RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM DA MANIFESTAÇÃO LIVRE DE VONTADE DO TESTADOR E DE SUA CAPACIDADE MENTAL. [...] II - Não há falar em nulidade do ato de disposição de última vontade (testamento particular), apontando-se preterição de formalidade essencial (leitura do testamento perante as três testemunhas), quando as provas dos autos confirmam, de forma inequívoca, que o documento foi firmado pelo próprio testador, por livre e espontânea vontade, e por três testemunhas idôneas, não pairando qualquer dúvida quanto à capacidade mental do de cujus, no momento do ato. O rigor formal deve ceder ante a necessidade de se atender à finalidade do ato, regularmente praticado pelo testador. Recurso especial não conhecido, com ressalva quanto à terminologia (BRASIL, 2006).

Concluimos, assim, pela validade dos “testamentos inteligentes” via *blockchain*. Entretanto, outra questão de igual importância apresenta-se também problemática, a qual se refere à eficácia jurídica do “testamento inteligente”. Conforme destacamos alhures, um negócio jurídico pode ser válido sem, contudo, ser eficaz.

Como visto, a projeção dos efeitos do testamento particular está condicionada à confirmação judicial do instrumento, a qual foi inserida no ordenamento jurídico justamente para conferir maior segurança jurídica à modalidade em comento. Ocorre que tal necessidade inviabilizaria os “testamentos inteligentes”, eis que tais instrumento são essencialmente auto executáveis. Outra característica dos “testamentos inteligentes”, comum a todos os “smart contracts” é sua irretroatividade.

Se as partes envolvidas, por qualquer razão, desejarem reverter a transação, retornando ao *status quo*, deverão se engajar em um novo “contrato inteligente” para tal. No âmbito dos “smart contracts”, sua eficácia depende apenas do cumprimento de requisitos objetivos inseridos em código.

É inadmissível para nosso ordenamento que um contrato sem validade possa ser executado com plena eficácia sem que as partes ou terceiros interessados tenham chance de alegar sua nulidade total ou parcial por descumprimento de requisitos subjetivos ou formais.

Ocorre que um “smart contract” inaugura a possibilidade de que não haja parte humana a ser constrangida e que, portanto, o bem ou valor esteja completamente fora do campo de ação estatal. Quando um “smart contract” torna-se possuidor de um bem ou valor puramente digital, apenas uma previsão em código fonte e mecanismos técnicos podem fazer com que tal bem ou valor seja transferido para outrem. Daí a necessidade de confirmação judicial ser um grande empecilho para a executividade do “testamento inteligente”.

Por outro lado, é necessário analisar a essência da formalidade imposta pelo legislador. Como dito oportunamente no item “3”, tal medida foi inserida no ordenamento jurídico com escopo de conferir maior segurança jurídica aos testamentos particulares, pois tal modalidade encontra-se sujeita substituição ou alteração de disposições últimas de vontade.

Ocorre que, conforme demonstrado no item “2”, uma vez que uma transação ou documento é armazenado na *blockchain* é praticamente impossível alterá-lo, tendo em vista o mecanismo de consenso presente neste tipo de protocolo. Percebe-se, assim, que a possibilidade de fraude do documento é praticamente nula.

Uma vez que não há como fraudar um “testamento inteligente”, por este se encontrar na *blockchain*, a necessidade de confirmação judicial do documento torna-se sem sentido. Obviamente, o legislador não previa o impacto que as novas tecnologias teriam nas relações jurídicas. Por isso, salvo melhor juízo, apresenta-se necessária a alteração legislativa, ou mesmo sua flexibilização por parte da jurisprudência, de forma a dispensar a necessidade de confirmação judicial dos “testamentos inteligentes”.

4 DESAFIOS DE NATUREZA TÉCNICA A SEREM SUPERADOS PELOS “TESTAMENTOS INTELIGENTES”

Além da irretroatividade dos “smart contracts”, o qual foi analisado no plano da eficácia jurídica do negócio jurídico, temos também outros desafios, por sua vez de natureza técnica, a serem enfrentados pelos “testamentos inteligentes” para que estes se tornem viáveis e ganhem popularidade no mercado.

Um destes problemas diz respeito à impossibilidade da *blockchain* de coletar dados externos de maneira automática. Isto significa que, no caso específico dos “testamentos inteligentes”, é impossível que a *blockchain* “saiba” que determinada pessoa veio a falecer, desencadeando a transação armazenada na *blockchain*. A *blockchain* se comporta de maneira semelhante a um condomínio fechado. Os “mineradores”, responsáveis por alcançar um consenso sobre novas transações não ficam procurando informações aleatórias na rede mundial de computadores (GREENSPAN, 2016).

Uma solução para este problema, atualmente, se refere à contratação de serviços chamados “oráculos” (“oracles”). Este “oráculo”, que se trata de um terceiro de confiança, fica responsável por coletar informações específicas na rede mundial de computadores. Tais informações são inseridas na *blockchain* na forma de novos registros e o consenso é alcançado, dando seguimento à transação aposta no “testamento inteligente”.

Os problemas com esta solução, aparentemente, são essencialmente dois: o custo da transação, pois os oráculos necessitam realizar uma varredura constante e indefinida das informações necessárias para desencadear a transação; e a possibilidade de fraude, eis que o “oráculo” pode muito bem deixar de inserir a informação na *blockchain*, ou inseri-la de maneira equivocada, comprometendo a transação.

Outro desafio de natureza técnica diz respeito à disponibilidade das informações necessárias para desencadeamento da transação prevista no “testamento inteligente”. Para tanto, seria necessária uma base de dados públicas que conste o nome das pessoas falecidas no país. Atualmente, esta base de dados existe, por exemplo, nos Estados Unidos da América, chamada de

“Death Master File”. No Brasil, temos algo semelhante, a “Central de Informações de Registro Civil”, entretanto, se trata de base de dados fechado, sem acesso público, destinada somente à Receita Federal e Cartórios. Uma solução seria abrir tal base de dados para acesso público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, tem-se que os recentes estudos nas áreas de matemática, criptografia e sistemas distribuídos possibilitaram o surgimento da tecnologia *blockchain*, que possui um potencial disruptivo muito grande. Dentre as diferentes aplicações da *blockchain* encontra-se a possibilidade de elaborarmos “contratos inteligentes”, entendidos como aqueles auto-executáveis, com considerável nível de confiança.

Dentre estes “contratos inteligentes”, foram analisados os “testamentos inteligentes” e sua viabilidade jurídica. Viu-se que, atualmente, somente os testamentos particulares podem ser auto-executáveis, em razão da desnecessidade de um notário para dar-lhes validade. Viu-se também que tal modalidade de testamento praticamente caiu em desuso, sobretudo em razão da possibilidade adulteração posterior. Tal característica, inclusive, levou o legislador a impor a necessidade de confirmação do conteúdo do testamento particular perante um juiz de direito. Todavia, a tecnologia *blockchain* aparenta ter o potencial de alterar este cenário, especialmente considerando que a possibilidade de adulteração de um documento registrado na *blockchain* é virtualmente inexistente.

Tal fato induz reflexão acerca da real necessidade dos requisitos impostos pelo legislador para validade do testamento particular, como, por exemplo, a leitura perante três testemunhas. Vimos ainda que o STJ vem considerando, com muita ênfase, a máxima preservação da vontade do testador, flexibilizando as formalidades prescritas em lei no tocante ao testamento particular. Esta linha de raciocínio nos faz concluir pela validade e eficácia dos “testamentos inteligentes” via *blockchain*. Todavia, outros desafios se apresentam, derivados da irretroatividade da tecnologia e da dificuldade de busca inserção de dados externos à *blockchain*.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1974.

BONNEAU, Joseph *et al.* Research perspectives and challenges for bitcoin and cryptocurrencies. *In: IEEE SYMPOSIUM ON SECURITY AND PRIVACY, 2015, San Jose. Anais [...]*. Piscataway: IEEE, 2015. Disponível em: <http://www.jbonneau.com/doc/BMCNKF15-IEEEESP-bitcoin.pdf>. Acesso em: 16 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1. Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 828.616/MG**. Recurso

especial. Testamento particular. Validade. Abrandamento do rigor formal. Reconhecimento pelas instâncias de origem da manifestação livre de vontade do testador e de sua capacidade mental. Relator: Ministro Castro Filho, 23 de outubro de 2006. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9054539/recurso-especial-resp-828616-mg-2006-0053147-2/inteiro-teor-14234205>. Acesso em: 11 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial 1521371/MG**. Agravo interno no recurso especial. Testamento. Ausência de vício de vontade. Requisitos legais. Preenchimento. Validade. Finalidade do ato. Deliberação monocrática que negou provimento ao recurso. Insurgência dos autores da ação anulatória. Relator: Ministro Marco Buzzi, 3 de abril de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1586276&num_registro=201500580040&data=20170403&formato=PDF. Acesso em: 10 out. 2017.

FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. **Boletín JADO**, Bilbao, v. 8, n. 19, p. 17-80, mayo 2010.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GREENSPAN, Gideon. Why many smart contract use cases are simply impossible? *In*: **Coindesk**. [S. l.], 17 Apr. 2016. Disponível em: <https://www.coindesk.com/three-smart-contract-misconceptions/>. Acesso em: 17 out. 2017.

LAMPORT, Leslie; SHOSTAK, Robert; PEASE, Marshall. The Byzantine Generals Problem. **ACM Transactions on Programming Languages and Systems**, New York, v. 4, n. 3, p. 382-401, July 1982.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. t. 5.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das sucessões. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 495-545.

PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

VELOSO, Zeno. Testamentos: noções gerais, formas ordinárias, codicilo, formas especiais. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das sucessões, inventário e partilha**: teoria, jurisprudência e esquemas práticos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 125-190.

WALD, Arnoldo. **Direito civil**: direito das sucessões. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 6.

WALKER, Heather. How digital signatures and blockchains can work together. *In*: **Cryptomathic**. Aarhus, 3 Oct. 2016. Disponível em: <https://www.cryptomathic.com/news-events/blog/how-digital-signatures-and-blockchains-can-work-together>. Acesso em: 17 out. 2017.

WRIGHT, Aaron; FILIPPI, Primavera de. Decentralized blockchain technology and the rise of lex cryptographia. *In: ELSEVIER. SSRN*. Rochester, 20 Mar. 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664. Acesso em: 17 out. 2017.

Como citar: ROCHA, Lucas Salles Moreira; GOMES, Frederico Felix; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Validade e Eficácia dos “Testamentos Inteligentes” via Tecnologia Blockchaim. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 1, p. 63-80, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p63. ISSN: 2178-8189

Enviado em: 16/07/2018.

Aprovado em: 03/10/2018.

A “RELATIVIZAÇÃO DA RELATIVIDADE”: ASPECTOS DA
MITIGAÇÃO DA FRONTEIRA ENTRE PARTES E TERCEIROS
NOS CONTRATOS

THE “RELATIVIZATION OF PRIVACY”: ASPECTS OF THE
MITIGATION OF THE BORDER BETWEEN PARTIES AND
THIRD PARTIES IN CONTRACTS

Carlos Nelson de Paula Konder*

Como citar: KONDER, Nelson de Paula Konder. A “relativização da relatividade”: aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p.81-100, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p81. ISSN: 2178-8189.

* Doutorado em Direito em 2009 na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
Mestrado em Direito em 2005 na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
Especialista em Direito Civil em 2009 na Università Degli Studi di Camerino (UDSC).
Graduação em Direito em 2003 na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ).
E-mail: c.konder@gmail.com

Resumo: O artigo traça abordagem panorâmica do processo pelo qual a incidência do princípio da relatividade dos efeitos vem sendo mitigada, sistematizando esse processo em dois aspectos centrais. O primeiro é a oponibilidade dos efeitos do contrato, que reconhece repercussões próprias do contrato perante terceiros, exemplificado pela súmula 308 do STJ e pela chamada tutela externa do crédito. O segundo é a ampliação do conceito de parte, em virtude da conjugação da adoção da definição dinâmica ou evolutiva de parte com a admissão de partes por força de lei, como ocorre na estipulação de terceiro e nas conexões entre contratos. Essa abordagem revela os argumentos indicados nas diversas ponderações que o princípio da relatividade passou a sofrer em virtude do protagonismo de outros princípios de direito contratual.

Palavras-chave: Contrato; Relatividade dos efeitos do contrato; Partes; Terceiros.

Abstract: The article makes a panoramic approach to the process by which the incidence of the principle of privacy of contract has been mitigated, systematizing this process in two central aspects. The first is the opposability of the contract, which recognizes the repercussions of the contract before third parties, exemplified by the STJ’s summary 308 and by the so-called external protection of credit. The second is the extension of the concept of part, by virtue of the conjugation of the adoption of the dynamic or evolutionary definition of part with the admission of parts by force of law, as occurs in the stipulation in benefit of third party and in linked contracts. This approach reveals the arguments put forward in the various cases of balancing between the principle

of privacy in front of other principles of contractual law.

Keywords: Contract; Privacy of contract; Parties; Third parties.

INTRODUÇÃO

A recorrente colisão entre os chamados princípios clássicos ou liberais e os princípios novos ou sociais do direito contratual vem sendo objeto de diversos estudos, entre os quais se vem apontando inúmeros impactos dessas transformações na teoria geral dos contratos. Em especial, o âmbito de incidência do tradicional princípio da relatividade dos efeitos do contrato tem sido em vários aspectos restringido por imperativos de socialidade resguardados pelos novos valores que adentram o direito dos contratos. Fala-se, nesse sentido, de mitigação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

A estrutura adotada para analisar esse tema será abordar os diversos aspectos desse movimento de forma panorâmica, com o objetivo de sistematizar e oferecer um modelo de compreensão claro e didático. Para isso, a “relativização da relatividade” será decomposta em dois movimentos complementares. De um lado, o reconhecimento de que o contrato produz efeitos mesmo perante terceiros, ainda que não sejam os mesmos efeitos impostos às partes. Trata-se do conceito de oponibilidade dos efeitos do contrato, que será abordado à luz de dois dos seus principais exemplos: a prevalência do direito do consumidor promitente-comprador de imóvel na planta em face da instituição financeira que detinha garantia hipotecária do imóvel em garantia da dívida da construtora, objeto da súmula 308 do STJ, e a chamada tutela externa do crédito, que envolve a responsabilização do terceiro que contribui para a inexecução do contrato. De outro lado, a ampliação do conceito de parte, abrangendo sujeitos que tradicionalmente seriam concebidos como terceiros, para que eles passem a sofrer efeitos tipicamente impostos exclusivamente às partes contratantes. Esse segundo movimento será, por sua vez, desdobrado em dois aspectos: o conceito dinâmico ou evolutivo de parte, que não se adstringe àqueles que manifestaram vontade no momento da celebração do contrato, e o conceito de parte por força de lei, que vai mais longe ao admitir que possa ser tratado como parte sujeito que sequer tenha manifestado vontade nesse sentido.

1 TRANSFORMAÇÕES DO PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE

O princípio da relatividade dos efeitos do contrato costuma ser definido como a determinação de que os efeitos do contrato “se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando a terceiros” (GOMES, 2009, p. 46). Embora não expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, trata-se de enunciado normativo reputado basilar na teoria contratual. Nesse sentido, não são poucos que atribuem suas origens ao direito romano, com base no brocardo latino *res inter alios acta vel iudicata aliis non nocent* (LOPES, 1954, p. 103). Essa genealogia, contudo, pode servir mais a lhe conferir aparência de perenidade e imutabilidade do que à real compreensão de seu sentido, já que se aponta que o referido aforismo justifica-se, na realidade, pelo formalismo peculiar ao direito romano clássico (BACACHE-GIBEILLI, 1996, p.

228-229).

Entretanto, como qualquer norma, a relatividade também é produto de determinado contexto histórico-social e, conseqüentemente, de certa escolha axiológica – que, por sinal, pode até mesmo recusar-lhe a qualificação de princípio, reputando-o somente característica estrutural do contrato (SCHREIBER, 2018, p. 43). Sua gênese está intimamente ligada ao liberalismo jurídico, que estabelece como fundamento de normatividade do contrato a vontade individual (MAZZEI, 2007, p. 192). Nesse contexto, a relatividade dos efeitos do contrato é corolário da primazia atribuída à autonomia da vontade, como garantia de intangibilidade da esfera jurídica individual e proteção ao “livre arbítrio no âmbito dos contratos” (MULHOLLAND, 2006, p. 259-260). Assim, se o contrato deve ser cumprido porque livremente querido pelas partes, não podem ter esse dever aqueles que não o quiseram. Os terceiros – aqueles que não manifestaram vontade para a criação da normativa contratual – seriam genuinamente indiferentes à existência daquele vínculo e imunes aos efeitos daquele negócio.

As transformações históricas, todavia, colocaram em xeque a aplicabilidade do princípio nesses termos, bem como a própria legitimidade de seu fundamento. A complexificação das relações de troca deu origem a estruturas contratuais cada vez mais complexas, nas quais a rígida divisão entre parte e terceiro revela-se insuficiente para a compreensão de todas as nuances da realidade. Nesse sentido, vem se reconhecendo a existência de diferentes graus de intensidade de efeitos contratuais perante terceiros (PENTEADO, 2007, p. 27).

A insuficiência da abordagem dicotômica se revela desde as frequentes operações empresariais complexas, envolvendo negócios diversos entre holdings, subsidiárias e instituições financeiras, como o *project finance*, até os contratos civis mais singelos, como a locação de unidade habitacional dentro de condomínio. Basta imaginar que, embora formalmente agrupados como sob a heterogênea categoria de “terceiros” diante do contrato de locação, o síndico, o porteiro e o vizinho sofrem todas repercussões na prática da existência desse negócio. Da mesma forma, embora ao locatário sejam impostas pelo contrato as despesas condominiais, continua a ser tratado como terceiro em relação ao condomínio:

Locação comercial. Despesas condominiais. Pagamento a maior. Restituição das importâncias pagas. Ação proposta por locatário. Ilegitimidade ativa. Apelação - sumária - responsabilidade civil - restituição de valores e danos morais. Autora que, na qualidade de locatária de imóvel comercial, litiga com o condomínio onde este se insere, e com a respectiva administradora, pretendendo ser ressarcida de valores pagos a maior quanto ao consumo de água, bem como indenizada pelos danos morais sofridos em razão da recusa em fazê-lo. Valores decorrentes de reconhecimento judicial, a favor do condomínio, quanto ao pagamento indevido de valores, com sua conseqüente restituição. Princípio da relatividade que retira qualquer tipo de relação contratual com o condomínio. Relação jurídica que se dá entre o locatário e locador, não podendo ser transferida a terceiros. Decisão assemblear no sentido da utilização de tal verba para realização de diversas obras. Relação entre condomínio e condômino-locador que não pode ser questionada

pelo locatário. Sentença de procedência parcial em relação ao primeiro réu, determinando a devolução, e de improcedência em relação ao segundo. Apelo da parte ré que traz alegação de ilegitimidade ativa. Locatária-autora que paga o condomínio, onde se encontram inseridas taxas, iptu e água, em nome do proprietário. Direito da primeira reaver, do segundo, o que pagou a maior em nome e por conta deste. Obrigação que guarda relação apenas com este, de quem pode cobrar valores que, eventualmente, tenham sido pagos a maior. Recurso conhecido e provido. (Rio de Janeiro, 2014).

Exemplo eloquente da heterogeneidade da categoria do terceiro se encontra na figura recorrente na prática contratual do “interveniente anuente”. Para além dos casos em que se trata de mera manifestação de ciência (como o devedor na cessão de crédito e a sociedade no acordo de acionista) ou de anuência (como o credor na assunção de dívida, a outra parte na cessão de posição contratual e o outro cônjuge no negócio de seu consorte que dependa de vênua conjugal), não é incomum encontrar sujeitos que sob a denominação de intervenientes assumem obrigações ou atuam como verdadeiros garantidores, na condição de fiadores ou devedores solidários (BAPTISTA, 2018, p. 25-47).

Junta-se a essa transformação técnica da realidade contratual verdadeira mudança valorativa. A vinculatividade dos contratos deixou de ter por único fundamento a vontade dos contratantes (NEGREIROS, 2006, p. 220). De fato, não é incomum identificar deveres impostos aos contratantes por fontes heterônomas, bem como limitações ao exercício de direitos criados pela vontade das partes: “quem contrata não mais contrata apenas com quem contrata” e “quem contrata não mais contrata tão só o que contrata” (FACHIN, 2011, p. 26). A incidência do princípio da boa-fé é especialmente ilustrativa, na medida em que, para a tutela da confiança, impõe às partes deveres anexos e, por meio das chamadas especializações funcionais (*venire contra factum proprium, tu quoque, supressio* etc.), impede o exercício de direitos, criando uma “díade autonomia/heteronomia”, na qual “a prevalência de um ou de outro nem sempre estará de antemão completamente determinada” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 249). Ou seja, nem todos os deveres impostos pelo contrato foram queridos pelas partes e nem todos os direitos queridos pelas partes poderão ser exercidos na execução do contrato.

Essa modificação do fundo valorativo atinge significativamente o sentido e alcance do princípio da relatividade. Na medida em que se admite em determinadas situações a submissão a normas contratuais não desejadas – ou seja, independente de vontade nesse sentido – cai por terra a razão para impedir que terceiros sofram efeitos do contrato. Esse movimento, em certa medida assustador, vem se manifestando em diversas situações, as quais, apenas para fins sistemáticos, podem ser agrupadas em duas direções. Primeiro, o resgate da categoria da oponibilidade, que permite que mesmo aqueles qualificados como terceiros sofram algum tipo de efeito da existência do contrato. Segundo; a ampliação do conceito de parte, para abranger posições jurídicas antes compreendidas como terceiros.

2 A Oponibilidade do Contrato a Terceiros

A previsão legislativa considerada mais autêntica do princípio da relatividade dos efeitos do contrato era o artigo 1.165 do Código Civil francês, que, em tradução livre, determinava que “Os contratos só têm efeito entre as partes contratantes; eles não prejudicam terceiros e não lhes geram benefícios, salvo no caso do artigo 1121”.¹ O dispositivo foi objeto nas últimas décadas de longo debate, que culminou com a constatação de que certos efeitos o contrato pode produzir frente a terceiros (FONTAINE; GHESTIN, 1992, *passim*). Afirmou-se, em conclusão, que “todo o esforço da doutrina consistiu em retirar os terceiros de seu ‘esplêndido isolamento’ demonstrando que, a despeito do artigo 1165 do Código Civil, eles eram suscetíveis de serem atingidos indiretamente pelos efeitos do contrato em razão, especialmente, de sua oponibilidade” (SAINT-HILAIRE, 2000, p. 5).² É simbólico, portanto, que a recente reforma porque passou o *Code* (Ordonnance n. 2016-131, de 10 fev. 2016) tenha substituído o referido dispositivo pelos seguintes:

Art. 1199. O contrato cria obrigações apenas entre as partes. Os terceiros não podem solicitar a execução do contrato, nem estar obrigados a realizá-lo, sem prejuízo do disposto na presente seção e no capítulo iii do título iv.³

Art. 1200. Os terceiros devem respeitar a situação legal criada pelo contrato. Eles podem usá-lo para provar um fato.⁴ (Republique française, 2016).

Trata-se da consagração da ideia de oponibilidade do contrato perante terceiros. Assim, a relatividade dos direitos de crédito se resumiria à exigibilidade das obrigações criadas pelo contrato, restrita às partes, mas não impediria a sua oponibilidade perante terceiros (MAIA, 2013, p. 161), de modo a viabilizar que “determinados direitos decorrentes do vínculo contratual podem ser opostos a outros direitos de sujeitos que não são parte da relação primitiva” (PENTEADO, 2007, p. 50).

Desdobra-se, assim, a eficácia do contrato. A criação de obrigações restringe-se às partes, mas a existência do contrato geraria para os demais sujeitos dever geral de abstenção, no sentido de não interferir com a relação jurídica criada. A terminologia adotada para essa nova dicotomia, bem como, seus reais confins, variam significativamente na doutrina. Assim, defende-se a diferenciação entre a eficácia constitutiva e a eficácia normativa do contrato (MULHOLLAND, 2006, p. 273), a distinção entre efeitos externos e efeitos internos (POPP, 2011, p. 161) e entre eficácia direta e indireta (DÍEZ-PICAZO, 2007, p. 529). Já se concluiu, no entanto, que “independentemente da

1 No original: “Article 1.165. Les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l’article 1121”. O caso referido é a estipulação em favor de terceiro, como será abordado mais à frente.

2 Tradução livre. No original: “Tout l’effort de la doctrine a consisté alors à faire sortir les tiers de leur ‘splendide isolement’ en démontrant qu’en dépit de l’article 1165 du code civil, ils étaient susceptibles d’être touchés indirectement par les effets du contrat en raison notamment de son opposabilité”.

3 Tradução livre. No original: “Article 1199. Le contrat ne crée d’obligations qu’entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l’exécution du contrat ni se voir contraints de l’exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV”.

4 Tradução livre. No original: “Article 1200. Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s’en prévaloir notamment pour apporter la preuve d’un fait”.

teoria que se adote, do ponto de vista prático, chega-se ao mesmo resultado” (BANDEIRA, 2007, p. 85).

A despeito da ausência de unanimidade sobre o teor da distinção, o reconhecimento dessa esfera de eficácia contratual perante terceiros vem gerando repercussões significativas, duas das quais merecem menção especial para ilustrar a questão: a súmula 308 do STJ relativa à eficácia da hipoteca em compra e venda de imóveis na planta e a chamada tutela externa do crédito.

2.1 A súmula 308 do STJ e a eficácia da hipoteca diante do promitente-comprador do imóvel

A falência da Encol, que figurava entre as principais construtoras do país, trouxe à tona grave problema do sistema de financiamento imobiliário normalmente utilizado nos empreendimentos envolvendo a venda de unidades na planta. As instituições financeiras que viabilizavam a construção eram garantidas por meio de hipotecas que gravavam as próprias unidades cuja venda era prometida aos consumidores. Assim, quando a Encol faliu, esses mesmos consumidores, embora tivessem pagado pontualmente as prestações previstas em seus contratos, se viram ameaçados de perder os apartamentos que adquiriram, tendo em vista que a Encol não tinha arcado com suas dívidas perante as instituições financeiras e estas, conseqüentemente, acionaram as garantias hipotecárias que pesavam sobre as unidades.

O argumento predominante no debate sobre como resolver o conflito de interesses surgidos foi a abusividade da imposição ao consumidor dos efeitos das dívidas da construtora, ou seja, pode o consumidor arcar com os efeitos do inadimplemento do financiamento obtido por ele próprio para a aquisição da sua unidade, mas não por aqueles relativos ao financiamento obtido pela incorporadora para a construção (OLIVA; RENTERÍA, 2015, p. 124). A orientação foi consolidada pela edição da súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça, que determina “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

Se a ineficácia das hipotecas posteriores à aquisição das unidades não gerou grande controvérsia, pois mesmo as promessas não registradas deveriam ser conhecidas pela instituição financeira, a ineficácia das hipotecas anteriores às promessas de compra e venda subverteu a sistemática tradicional, na medida em que “nega ao credor hipotecário a faculdade de sequela e afasta a incidência da regra da preferência temporal” (OLIVA; RENTERÍA, 2015, p. 123). Em que pese à possibilidade de verificação do registro pelo consumidor, o julgado priorizou o argumento de que o imóvel era prometido pela incorporadora como “livre e desembaraçado” (MAIA, 2017, p. 356).

Assim, em nome da prioridade da tutela do consumidor, criou-se sistema pelo qual a promessa de compra e venda de unidade a construir, ainda que não registrada e posterior, é oponível à instituição financeira que verteu valores para financiar a construção – terceiro quanto à promessa de compra e venda –, em detrimento da garantia hipotecária a ela concedida. A orientação causou

grande repercussão, chegando-se a afirmar que a jurisprudência “passou simplesmente a ignorar princípios inafastáveis do instituto da garantia hipotecária, desprestigiando por completo o direito real hipotecário” (BUFULIN, 2015, p. 612). Entretanto, de outro lado se indica que, na prática, seu impacto foi mitigado pela obrigação assumida pela incorporadora no sentido de dar baixa no gravame em até seis meses após a venda, pela consagração da divisibilidade das hipotecas e pela difusão da alienação fiduciária em garantia (MAIA, 2017, p. 356-357). De qualquer forma, o entendimento é exemplificativo da mitigação da relatividade, ao impor a terceiro efeitos de contrato que não celebrou por meio da categoria da oponibilidade, na medida em que a instituição financeira passa a sofrer repercussões do contrato celebrado entre a construtora e o consumidor, como consequência de ponderação entre o princípio da relatividade e a tutela da vulnerabilidade do consumidor.

2.2 A chamada tutela externa do crédito

Outro exemplo ilustrativo de como a oponibilidade serve a mitigar os efeitos tradicionais do princípio da relatividade se encontra na pretensão do credor contra terceiro que contribuiu para que seu devedor inadimplisse o contrato. Trata-se de hipótese com diversificada terminologia: tutela externa do crédito, responsabilidade por interferência no contrato, doutrina do terceiro cúmplice ou responsabilidade pela lesão a direito de crédito. Essa teoria ganhou protagonismo nos últimos anos por conta não apenas de sua relevância teórica, ao colocar em xeque a separação entre direitos relativos e absolutos e entre responsabilidade contratual e extracontratual, mas também em razão de sua relevância prática, ao permitir ao credor vítima exigir de terceiro, indenização pelo descumprimento do devedor, muitas vezes insolvente.

As raízes da teoria, contudo, são bastante antigas. No ordenamento inglês relatam-se primeiro casos envolvendo quebra de exclusividade, como a cantora de ópera levada para teatro concorrente (*Lumley v. Gye* – 1853) e o fabricante de tijolos aliciado por outra olaria (*Bowen v. Hall* – 1881), e em seguida ampliados para relações sindicais, como a responsabilização do sindicato que induziu empregador a demitir o construtor que não seguiu suas orientações (*Temperton v. Russel* – 1893) e do que induziu mineiros a não trabalhar para baixar os preços que indexavam seus salários (*South Wales Miner’s Federation v. Glamorgan Coal Co.* – 1905) (SANTOS JUNIOR, 2003, p. 273-275). O exemplo mais incisivo, todavia, vem do ordenamento estadunidense (*Pennzoil v. Texaco* – 1984), onde a Texaco foi responsabilizada por interferir nas negociações de compra da Getty Oil pela Pennzoil, ao fazer proposta melhor que impediu o contrato em negociação de ser firmado: a interferente foi condenada a pagar US\$ 7,53 bilhões a título de indenização compensatória, além de US\$ 1 bilhão de indenização punitiva, que foi depois reduzida por acordo com a credora (SANTOS JUNIOR, 2003, p. 278).

Além dos casos em que o descumprimento do contrato se dá por influência do terceiro, normalmente por meio da celebração de novo contrato com o devedor incompatível com o contrato

original, há também casos em que o devedor interfere materialmente, atingindo o objeto do contrato ou a pessoa do devedor, de modo a impedir fisicamente o adimplemento. Nestas hipóteses, a responsabilização do terceiro é mais rara (NORONHA, 2003, p. 466). Dois casos ilustrativos nesse sentido vêm da jurisprudência italiana. O primeiro, bastante similar ao ocorrido recentemente com o time brasileiro Chapecoense, envolve pretensão indenizatória do Torino Calcio contra a companhia aérea Alitalia, responsável por acidente na colina de Superga que levou à morte da maior parte dos seus jogadores e, conseqüentemente, à inexecução dos seus contratos. Embora descartado pelo Tribunal de Torino pela falta denexo de causalidade, o caso impulsionou as reflexões sobre o tema: menos de vinte anos um jogador também do Torino Calcio, Luigi Meroni, foi morto em um acidente de carro e a Corte de Cassação italiana decidiu que era admissível a responsabilização do causador do acidente também em face do time, por causar a inexecução do contrato, a depender das circunstâncias do caso concreto (SANTOS JUNIOR, 2003, p. 371; TEDESCHI, 2008, p. 290-296).

A tutela externa do crédito se popularizou no Brasil nos últimos anos a partir de parecer do professor Antonio Junqueira de Azevedo preconizando a responsabilização do atravessador que vende combustível para posto de gasolina em violação ao contrato de exclusividade que ele mantinha com a distribuidora cuja bandeira ostentava (AZEVEDO, 1998, *passim*). A doutrina também invoca como exemplos o caso de apresentador de televisão que, responsável por vinte por cento do faturamento da sua emissora, foi contratado pela concorrente, que seria responsável pela multa de quarenta e três milhões de reais (RUZYK; BÜRGER, 2017, p. 17-18) e o caso do cantor que, após firmar contrato de exclusividade para fazer publicidade da cervejaria Nova Schin, foi contratado pela Ambev para fazer divulgação da cerveja concorrente Brahma (PINHEIRO; GLITZ, 2008, p. 326).

A fundamentação inicialmente invocada para a responsabilização do terceiro foi a função social do contrato, a impor a terceiros dever geral de abstenção (AZEVEDO, 1998, p. 115-116). A responsabilização do terceiro interferente, todavia, contrapõe-se à livre concorrência, imperativo constitucional da ordem econômica, e, portanto, deve ater-se a situações especiais, em que a conduta do terceiro se revele antijurídica, gerando um dano injusto ao contratante. Foi destacado, nesse sentido, que a responsabilização não deve fundar-se na função social do contrato, que serve a criar deveres dos contratantes ante a coletividade – e não o contrário –, mas sim na boa-fé objetiva, justificando-se a ação direta do contratante vítima perante o terceiro quando este agiu de forma abusiva e desleal (TEPEDINO, 2006, p. 251).

A dificuldade de atingir esse equilíbrio entre a livre concorrência e a proteção do contrato frente a terceiros se projeta nas controvérsias sobre os requisitos e o regime jurídico da responsabilização do terceiro interferente. Discute-se, em primeiro lugar, se à tutela externa do crédito basta a conduta culposa do ofensor, ante a mera cognoscibilidade do contrato que será descumprido, ou se é necessário o dolo do terceiro, pautado pela intenção maliciosa de lesar o outro contratante (MONTEIRO FILHO; BIANCHINI, 2012, p. 466). No que tange ao regime, a

controvérsia refere-se à natureza contratual ou extracontratual da responsabilidade – que envolve, entre outras coisas, a aplicabilidade ao terceiro de cláusula penal ou limitativa do dever de indenizar presente no contrato – e à existência ou não de solidariedade entre o contratante inadimplente e o terceiro interferente (FIGUEIREDO, 2009, p. 183-192). Trata-se de elementos que vão interferir na ponderação entre o princípio da relatividade e o princípio da boa-fé ou, para determinados autores, da função social do contrato, como apontado.

3 A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE PARTE

O desenvolvimento da categoria da oponibilidade, como visto, permite a imputação de efeitos do contrato a terceiros. Esse movimento já implica certa mitigação da incidência do princípio da relatividade, já que seu alcance foi ressignificado: tradicionalmente entendido como a impossibilidade de o contrato gerar efeitos sobre terceiros, tornou-se apenas a impossibilidade de o contrato cominar a terceiros aqueles direitos e obrigações especificamente criados pela vontade das partes. Ou seja, parte do que era o âmbito tradicional do princípio da relatividade foi sacrificada pelo desenvolvimento da categoria da oponibilidade dos efeitos do contrato perante terceiros.

Paralelamente à transformação no aspecto objetivo do princípio da relatividade, observa-se que a relativização também atinge o seu aspecto subjetivo, ou seja, a rígida separação entre as categorias de partes e terceiros (MULHOLLAND, 2006, p. 263). A constatação de que terceiros são definidos de forma negativa e excludente (MULHOLLAND, 2006, p. 264), unidos apenas pelo fato de não serem partes (NEGREIROS, 2006, p. 221), deu azo à defesa de regimes jurídicos plurais, compatíveis com a heterogeneidade dessa categoria. Em lugar do terceiro como categoria fechada, reconhece-se que, além daqueles que celebraram o contrato, há distintas posições jurídicas, algumas realmente distantes e atingidas somente pela oponibilidade dos efeitos do contrato, mas outros mais próximos, por vezes tão próximos a ponto de serem tratados como partes contratantes. Na imagem de Jean Hauser:

“[...] a qualidade de terceiro é uma qualidade variável e que o elétron livre com relação ao ato, que é este terceiro que se aproxima ou se distancia de acordo com as forças de atração ou de repulsão, é mais ou menos terceiro de acordo com o momento” (HAUSER, 2000, p. VI).⁵

Essa heterogeneidade do conceito de terceiro permitiu que, em determinadas situações, o suposto terceiro, embora não tenha manifestado vontade no momento da celebração do contrato, seja tratado como parte, sofrendo os efeitos do negócio como se o tivesse concluído. Nesse sentido, identifica-se, ao lado da oponibilidade, o segundo movimento conducente à mitigação do princípio da relatividade: a ampliação do conceito de parte, de modo a incluir sujeitos tradicionalmente

⁵ Tradução livre. No original: “[...] l’animation de ce modèle va faire apparaître une nouvelle révélation : c’est que la qualité de tiers est une qualité changeante et que l’électron libre par rapport à l’acte qu’est ce tiers s’approche ou s’éloigne selon les forces d’attraction ou de répulsion, est plus ou moins tiers selon les moments.”

entendidos como terceiros. Essa expansão se dá por dois movimentos: a concepção dinâmica ou evolutiva de parte e a admissão de partes contratuais por força de lei. Cumpre examinar esses dois meios de ampliação do conceito de parte.

3.1 Conceito dinâmico de parte

A aplicação rigorosa do princípio da relatividade dos efeitos do contrato se conjugava à concepção estática de parte, qual seja, o sujeito que manifestou sua aquiescência no momento da celebração do contrato. Assim, por exclusão, restavam imunes aos efeitos do negócio todos aqueles que não tivessem consentido em sua conclusão. Nessa linha, o primeiro movimento para a ampliação do conceito de parte – e a consequente mitigação do princípio da relatividade – foi a adoção de um conceito dinâmico de parte. Nessa acepção, o sujeito que ocupa a posição de parte pode ser alterado no curso da relação contratual criada pelo negócio original (MULHOLLAND, 2006, p. 266). Consequentemente, também a noção de terceiro torna-se móvel, conforme as vicissitudes do contrato (PENTEADO, 2007, p. 33).

Com efeito, Pietro Perlingieri (2008, p. 734) indica que hoje é possível constatar que o sujeito não é elemento essencial da relação jurídica, bastando a essa a existência de situações jurídicas subjetivas, ou seja, centros de interesses contrapostos que constituem posições jurídicas. A titularidade de tais situações pode ser assumida *ab origine* pelas partes que celebraram o negócio ou mesmo restar indeterminada, como ocorre, por exemplo, no caso do nascituro (PERLINGIERI, 2008, p. 721). Pode, ainda, a relação jurídica sofrer vicissitudes subjetivas, pelas quais a titularidade de determinada posição é alterada, tornando-se parte um novo sujeito, que não participou do acordo de vontades original.

Além do exemplo dos contratos associativos, que permitem a integração de novos sujeitos ao longo de sua execução, a alteração de titularidade das situações jurídicas geradas pelo contrato é concebida normalmente como transmissão de direitos ou deveres, e torna o conceito de parte dinâmico, já que suscetível de modificação. A forma mais clássica é a sucessão universal, seja a *mortis causa*, nos casos de contratante pessoa natural, seja em razão de fusão ou incorporação, nos casos de contratante pessoa jurídica (LOPES, 1954, p. 99). Mas a sucessão pode dar-se também *uti singuli*, por meio de figuras como a cessão de crédito, a assunção de dívida, a cessão de posição contratual.

Reconhecida em nosso ordenamento desde a codificação anterior, a cessão de crédito é “negócio jurídico bilateral de transmissão” (HAICAL, 2013, p. 21), pelo qual o credor originário (cedente) transfere certo direito de crédito em face de terceiro (devedor) para o cessionário. Já a assunção de dívida, entendida como o ato, no plano negocial, que dá causa à “sucessão singular na dívida, como a transmissão da obrigação no lado passivo” (ROLDÃO, 1998, p. 79) somente foi expressamente regulamentada pelo legislador em 2002. A cessão de posição contratual, por sua vez, ainda carece de previsão legislativa, embora amplamente admitida em jurisprudência e

pela doutrina, que a define como a “transferência *ex negotio* por uma das partes (cedente), com consentimento do outro contratante (cedido), para um terceiro (cessionário), do complexo de posições activas e passivas criadas por um contrato” (PINTO, 1970, p. 71-72). Essas três figuras dinamizam a figura da parte pela transmissão da titularidade dos efeitos do contrato de modo geral, sem prejuízo de hipóteses específicas, como, por exemplo, a transmissão do direito à renovação da locação para a sociedade, quando o locatário original era sócio e contrato autoriza a utilização do imóvel “para as atividades de sociedade de que faça parte e que a esta passe a pertencer o fundo de comércio.” (L. 8.245/91, art. 51, §2º). (BRASIL, 1991).

Hipótese peculiar é criada pelo contrato com pessoa a declarar, no qual se prevê desde a celebração a prerrogativa da parte de fazer-se substituir por terceiro (GOMES, 1994, p. 13). Em razão da possibilidade restar desde o início prevista, quando a alteração de titularidade ocorre – com a modificação de quem é parte – ela opera efeitos *ex tunc*, fazendo com que quem assume a condição de parte figure como se tivesse sido desde o início e quem fora parte na celebração saia da relação como se jamais tivesse sido.

Não se confunde com a hipótese da promessa de fato de terceiro, em que não há efetiva transmissão de efeitos do contrato. Nesse caso, o contratante original assume a obrigação perante sua contraparte de conseguir que terceiro celebre novo contrato com o promissário. É o caso da promessa de obtenção de financiamento ou autorizações e licenças, comuns no âmbito da construção civil, ou das promessas de instalação de lojas âncoras nos *shopping centers*. Assim, não há transmissão, já que se trata de relações jurídicas diversas, oriundas de contratos distintos.

Esse panorama permite constatar que nosso ordenamento – como os demais ordenamentos contemporâneos – admitiu de forma ampla a possibilidade de modificação da parte contratante, como mecanismo de circulação de créditos de grande interesse econômico, adotando, assim, a acepção dinâmica ou evolutiva do conceito de parte. O impacto dessa orientação na ampliação do conceito de parte e, conseqüentemente, na relativização da acepção tradicional do princípio da relatividade, é acentuado pela imposição da condição de parte por força de lei.

3.2 Parte por manifestação de vontade x Parte por força de lei

O segundo movimento de ampliação do conceito de parte, que contribuiu para a mitigação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, foi o reconhecimento de que, ao lado dos sujeitos que se tornam partes por manifestação de vontade, o ordenamento pode atribuir a determinados sujeitos a condição de parte, independentemente de sua aquiescência. Novamente, a constatação de que é a lei – e não a vontade – a fonte de juridicidade do contrato, permite que a qualificação de determinado sujeito como parte pode – ao menos em tese – prescindir do seu consentimento.

O primeiro e mais clássico exemplo é a estipulação em favor de terceiro, onde “em um contrato entre duas pessoas, pactua-se que o benefício dele decorrente, no todo ou em parte, reverterá em proveito de terceiro, que lhe é totalmente estranho” (LOPES, 1954, p. 107). Trata-

se de exceção expressa à acepção clássica do princípio da relatividade desde a versão original do Código Civil francês, como observado. Com efeito, a gratuidade do benefício para o terceiro ensejou a autorização para que ele figure como credor da prestação e titular do direito ainda que não tenha assentido, não obstante sua renúncia seja admissível e tenha efeitos retroativos. Assim, o beneficiário torna-se parte da relação obrigacional por força da previsão legal e do acordo firmado por estipulante e promitente, sem a sua participação, o que gera relevantes efeitos no caso de sucessão do beneficiário ou no que tange à relação com seus credores, que podem penhorar o crédito e impugnar renúncia que leve o beneficiário à insolvência. Assim, se sob a perspectiva estrutural da celebração do negócio ele não é parte, sob a perspectiva funcional “não se pode cogitar, propriamente, de terceiro” (ESTEVES, 2011, p. 653). A hipótese é extrema, razão pela qual é comum à sua modulação no que seria uma “estipulação imprópria” (MIRANDA, 1954, p. 223), na qual a aceitação do terceiro é eleita como fator de eficácia para sua integração à relação jurídica.

Nesse âmbito vem sendo incluído não só o tradicional exemplo do seguro obrigatório (DPVAT), mas também os casos de seguro facultativo de responsabilidade civil, em razão da combativa atuação da jurisprudência que, após algumas oscilações, se uniformizou no sentido de que a vítima do acidente pode acionar diretamente a seguradora do causador do dano para pleitear a indenização contratualmente prevista, contanto que acione também o segurado (BRASIL, 2012). A qualificação desse contrato como foi originalmente fundada na função social do contrato (NEGREIROS, 2006, p. 227) e hoje se encontra pacificada como situação em que se mitiga a incidência do princípio da relatividade dos efeitos do contrato (MAIA, 2013, p. 176).

O segundo exemplo ilustrativo se encontra nas relações de consumo (NEGREIROS, 2006, p. 237; MAIA, 2013, p. 173), em que a lei estabelece relação direta do consumidor não somente com quem lhe vendeu o produto, mas com todos aqueles que participaram da cadeia de consumo, tornando responsáveis pelo fato do produto defeituoso “o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador” (L. 8.078/90, art. 12) (BRASIL, 1990). Afirma-se que o CDC, ante o “descompasso das estruturas formais com tipologia social emergente evidenciou a necessidade de superação da dicotomia entre responsabilidade contratual, restrita às partes do negócio jurídico, e a extracontratual, fundada na noção de culpa” (TEPEDINO, 2008, p. 280). Assim, sendo parte em contrato celebrado com outro integrante da cadeia de consumo, tais sujeitos tornam-se parte também de relação jurídica direta com o consumidor, tendo em vista o vínculo finalístico existente entre os contratos e a atuação do legislador no sentido de facilitar a defesa da parte mais fraca da cadeia.

Trata-se de caso especial em que a lei reconheceu a relevância jurídica da vinculação entre contratos, o que vem sendo analisado de modo abrangente sob o termo de conexão contratual. Quando os contratos conexos não têm as mesmas partes, colocam-se as dificuldades decorrentes da incidência do princípio da relatividade, no sentido de como viabilizar que a parte de um contrato sofra efeitos de outro contrato do qual não foi parte, mas a pessoa com quem contratou foi: “em

tais casos surge a figura do ‘contratante-terceiro’, ‘parte por equiparação’, ou ‘simples parte’, que é aquele que, posto não configurar parte no sentido estrito oferecido pela análise do negócio isolado, constitui figura jurídica integrante do regulamento de interesses estabelecido por meio dos contratos conexos” (KONDER, 2006, p. 246). Como explica Saint- Hilaire:

Por iniciativa de uma corrente doutrinária, a jurisprudência, em certa época, pôde considerar que o pertencimento de uma pessoa a um grupo contratual, centrado sobre um objeto ou fim único, era suficiente para lhe privar da qualidade de terceiro; tratar-se-ia de um “falso terceiro”, quer dizer, de pessoas que embora não tivessem trocado consentimento deveriam ser tratadas como partes na medida em que cada uma delas se revestia da qualidade de parte em um contrato economicamente pertencente ao mesmo grupo contratual (SAINT- HILAIRE, 2000, p. 50-51).

Mais especificamente, foi a teoria francesa dos grupos de contratos que difundiu o problema das ações diretas entre partes da cadeia contratual que não contrataram entre si, reconhecendo-lhe pretensões de responsabilidade exclusivamente contratual (BACACHE-GIBEILI, 1996, p. 2). Entre nós, a hipótese é expressamente admitida pela lei para os casos de sublocação de imóvel urbano, quando, insolvente o locatário, admite-se a responsabilização do sublocatário diretamente em face do locador, no limite da importância que dever ao sublocador (L. 8.245/91, art. 16) (Brasil, 1991).

Em especial, no âmbito dos contratos coligados, reconhece-se a possibilidade de um contrato sofrer os efeitos das vicissitudes sofridas pelo outro (invalidade, ineficácia...) em razão da “relação de dependência, unilateral ou recíproca” que se estabelece entre eles (MARINO, 2009, p. 99). Isso faz com que, havendo partes diversas em tais contratos, “a relatividade dos contratos é flexibilizada com a coligação contratual” (KATAOKA, 2008, p. 78).

A coligação ocorre em distintos cenários, mas de modo geral admite-se que a diversidade de partes não é obstáculo intransponível ao reconhecimento de efeitos da coligação. No âmbito empresarial, onde não costuma haver sujeito hipossuficiente a ser protegido, a coligação pode justificar que o “contratante-terceiro” sofra os efeitos do contrato que não celebrou quando houver elementos idôneos a justificar que o vínculo funcional entre os negócios prevaleça sobre o princípio da relatividade, como ocorre quando um contrato é celebrado com a *holding* e outro com sua subsidiária integral, visando a prestações complementares para um fim comum.

Quando houver sujeito hipossuficiente, todavia, a relatividade cede com mais facilidade ante a coligação. Assim, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, é exemplo a responsabilidade solidária do agente financeiro pelos defeitos da obra financiada (LEONARDO, 2003, p. 212). Embora o agente financeiro em princípio assumira somente o papel de fornecer recursos para a construção, seu papel como delegado do órgão central e o relevante interesse público envolvido justificam que ele possa ser acionado pelo descumprimento do contrato relativo à construção.

Outro exemplo recorrente é o do crédito ao consumo, pelo qual, para ter acesso a certo bem, o consumidor realiza coligadamente à compra e venda contrato de mútuo voltado ao financiamento da aquisição, muitas vezes sem sequer ter ciência da diversidade entre os negócios. A despeito da proteção do consumidor vir prevalecendo na esmagadora maioria da jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça, diante de caso de rescisão de compra e venda de veículo, financiado por alienação fiduciária, em que foram caracterizados vícios e pleiteada rescisão dos contratos e indenização, decidiu priorizar o princípio da relatividade, destacando que a instituição somente é responsável pelos defeitos do serviço bancário, não respondendo pelos defeitos do veículo: foi vencida a minoria que ponderava a necessidade de observar a existência de vínculo entre a vendedora do bem e a instituição financeira que lhe garantisse a exclusividade naqueles financiamentos (BRASIL, 2009).

CONCLUSÃO

Se os princípios são enunciados normativos que podem manter sua validade a despeito de não se aplicarem a determinados casos concretos, em virtude de serem excepcionados por outro princípio mais pertinente, o princípio da relatividade não foge a essa sistemática: ele persiste como princípio que encontra fundamento em nosso sistema, justificado pela proteção à autonomia privada e, em nível mais amplo, pela tutela da liberdade individual. Entretanto, a trajetória percorrida revela que o âmbito tradicional de aplicação desse princípio foi restringido, em virtude tanto da complexificação das relações sociais como – e principalmente – do acolhimento e protagonismo assumido por outros princípios na seara do direito contratual. Assim, transformações históricas fizeram com que princípios mais inspirados no valor da solidariedade social – como a boa-fé, a função social do contrato e o equilíbrio contratual – ganhassem espaços que eram até então objeto de incidência dos princípios ditos liberais, entre os quais se destaca a relatividade dos efeitos do contrato. Isso fez com que a vedação a que os efeitos do contrato atingissem terceiros fosse cada vez mais relativizada.

O primeiro aspecto dessa transformação foi identificado na oponibilidade do contrato, isso é, na admissão de que certos efeitos do contrato – distintos dos efeitos que atingem as partes – possam atingir terceiros, criando-lhes o dever geral negativo de respeitar a execução do contrato. Dois exemplos ilustrativos desse aspecto foram abordados. Primeiro, o entendimento jurisprudencial, consolidado na súmula 308 do STJ, de que os efeitos do contrato firmado entre o consumidor promitente comprador e a construtora prevalecem mesmo sobre as hipotecas registradas anteriormente pela instituição financeira que proveu recursos para a construção e que não foi ressarcida pela construtora. A proteção do consumidor justificou que os efeitos de seu vínculo fossem reputados oponíveis à instituição financeira, terceira em relação à promessa de compra e venda do imóvel na planta, subvertendo mesmo a lógica tradicional da hipoteca. O segundo exemplo foi o da chamada tutela externa do crédito, que permite a responsabilização do terceiro que interfere no contrato alheio para induzir o devedor ao descumprimento do avençado.

Observou-se que a controvérsia sobre seu regime jurídico (culpa ou dolo, responsabilidade contratual ou extracontratual, solidariedade e cláusula penal) é reflexiva da difícil ponderação entre o princípio da relatividade (nesse caso amparado também pela tutela da livre concorrência) e o princípio da função social do contrato, para alguns, ou da boa-fé para outros.

O segundo aspecto dessa transformação foi identificado na ampliação do próprio conceito de parte, de modo a abranger não somente aqueles que manifestaram vontade no momento da celebração do contrato. Esse aspecto foi desmembrado em dois movimentos complementares. Primeiro, a consagração do conceito dinâmico ou evolutivo de parte, com a admissão de que sujeitos se tornem partes após a celebração dos contratos, como ocorre nos contratos associativos, nas sucessões universais (*mortis causa* da pessoa natural e fusão e incorporação da pessoa jurídica) e nas sucessões singulares (cessão de crédito, assunção de dívida, cessão de posição contratual etc.). Segundo; a admissão de partes por força de lei, ou seja, independentemente de manifestação de vontade. É o caso tradicional da estipulação em favor de terceiro (hoje abrangendo também o seguro facultativo de responsabilidade civil em virtude de entendimento jurisprudencial), da responsabilidade solidária dos membros da cadeia de fornecimento nas relações de consumo e das diversas hipóteses de conexão contratual com diversidade de partes, em que se pode admitir ação direta do contratante em face do terceiro que é parte no outro contrato (como ocorre com o locador em face do sublocatário), bem como admitir que o terceiro sofra os efeitos da ineficácia do contrato do qual não foi parte, especialmente quando isso envolva a tutela de sujeito vulnerável (como no âmbito do SFH e do crédito ao consumo).

A sistematização dos diversos aspectos desse processo de “relativização da relatividade” dos efeitos do contrato, ainda que panorâmico e para fins didáticos, é importante, pois permite identificar, nos distintos casos, as causas justificadoras para que, no processo hermenêutico de ponderação, o tradicional princípio venha a ceder diante de novos imperativos que se revelem mais importantes.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado: direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento: função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

BACACHE-GIBEILI, Mireille. **La relativité des conventions et les groupes de contrats**. Paris: Ed. LGDJ, 1996.

BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. **Revista Trimestral de Direito Civil**: RTDC, Rio de Janeiro, v. 30, p. 79-127, abr./jun. 2007.

BAPTISTA, Fernanda Szyszka. **O interveniente anuente nos contratos**: um estudo sobre a sua função e natureza jurídica. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.245**, DE 18 DE OUTUBRO DE 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8245.htm. Acesso em: 7 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 7 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Recurso Especial 962.230/RS**. Recurso especial representativo de controvérsia. art. 543-C DO CPC. ação de reparação de danos ajuizada direta e exclusivamente em face da seguradora do suposto causador. Descabimento como regra. Recorrente: Irmãos Castro Ltda. Recorrido: BRADESCO Auto/RE Companhia de Seguros. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 08 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21599773/recurso-especial-resp-962230-rs-2007-0140983-5-stj/inteiro-teor-21599774?ref=juris-tabs>. Acesso em: 7 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1014547/DF 2007/0293678-8**. Direito civil contrato de compra e venda de veículo. alienação fiduciária em garantia. contrato acessório. código de defesa do consumidor. defeito no produto. responsabilidade do fornecedor. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8636406/recurso-especial-resp-1014547-df-2007-0293678-8-stj>. Acesso em: 7 ago. 2018.

BUFULIN, Augusto Passamani. Hipoteca. In: AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de (coord.). **Direito imobiliário**: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. São Paulo: Atlas, 2015. p. 602-629.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. 6. ed. Pamplona: Civitas, 2007. v. 1.

ESTEVES, Rafael. Efeitos da relação contratual e a qualificação do terceiro. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (coord.). **Transformações contemporâneas do direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 639-659.

FACHIN, Luiz Edson. Contratos e responsabilidade civil: duas funcionalizações e seus traços. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 903, p. 26, jan. 2011.

FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FONTAINE, Marcel; GHESTIN, Jacques (dir.). **Les effets du contrat à l'égard des tiers**: comparations franco-belges. Paris: LGDJ, 1992.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Contrato com pessoa a declarar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HAICAL, Gustavo. **Cessão de crédito**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013.

HAUSER, Jean. Préface. *In*: SAINT-HILAIRE, Philippe Delmas. **Le tiers à l'acte juridique**. Paris: Ed. L.G.D.J., 2000.

KATAOKA, Eduardo Takemi. **A coligação contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: dos contratos em geral**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. v. 3, 1. pt.

MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAIA, Roberta Mauro Medina. Vida que segue: perspectivas para as hipotecas após a edição da súmula 308 do STJ. *In*: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (coord.). **Direito das garantias**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 339-369.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAZZEI, Rodrigo. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais e suas mitigações. *In*:

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. T. 26.

MONTEIRO FILHO; Carlos Edison do Rêgo; BIANCHINI, Luiza Lourenço. Breves considerações sobre a responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato (tutela externa do crédito). *In*: TEPEDINO; Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 3, p. 453-344.

MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios de direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 255-280.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Tutela do consumidor na perspectiva civil-

constitucional: A cláusula geral de boa-fé objetiva nas situações jurídicas obrigacionais e reais e os enunciados 302 e 308 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 101, p. 103-136, set./out. 2015.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso 'Zeca Pagodinho'. *In*:

TEPEDINO; Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 2, p. 323-344.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Atlântida, 1970.

POPP, Carlyle. A eficácia externa dos negócios jurídicos. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 144-182.

REPUBLIQUE FRANÇAISE. **Ordonnance** n° 2016-131, du 10 février 2016. Portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id>. Acesso em: 7 ago. 2018.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. **Apelação n° 0018564-31.2010.8.19.0209**. Apelação sumária responsabilidade civil restituição de valores e danos morais. [Locação comercial despesas condominiais pagamento a maior restituição das importâncias pagas ação proposta por locatário ilegitimidade ativa, Sétima Câmara Cível da Comarca da Capital. Relator: Desembargador Ricardo Couto de Castro, 15 de outubro de 2014. Disponível em: http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=184468&desc=ti&servidor=1&iBanner=&iIdioma=0. Acesso em: 7 ago. 2018.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo. A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/a-tutela-externa-da-obrigacao/>. Acesso em: 7 ago. 2018.

SAINT-HILAIRE, Philippe Delmas. **Le tiers à l'acte juridique**. Paris: Ed. L.G.D.J., 2000.

SANTOS JUNIOR, Eduardo dos. **Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito**. Coimbra: Almedina, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva, 2018.

TEDESCHI, Bianca Gardella. **L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali**. Milano: Giuffrè, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. T. 2.

Como citar: KONDER, Nelson de Paula Konder. A “relativização da relatividade”: aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 1, p. 81-100, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p81. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 14/08/2018.

Aprovado em: 05/10/2018.

**FRANQUIA E ARBITRAGEM: BREVE ESTUDO A PARTIR
DE EMBLEMÁTICA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA**

FRANCHISE AND ARBITRATION: BRIEF STUDY FROM AN
EMBLEMATIC DECISION OF THE SUPERIOR COURT OF
JUSTICE

Fabiano Koff Coulon *
Fernanda Borghetti Cantali**

*Doutorado em Direito em 2013 na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestrado em 2007 na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Especialista em direito em 2003 na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais em 1993 na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

E-mail: fabiano.coulon@gmail.com

**Doutoranda na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

Mestrado em Direito em 2008 na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS).

Mestrado profissional em Master of Laws em 2017 no Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS/CEU).

Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais em 2003 na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

E-mail: fernandaborghetti@hotmail.com

Como citar: COULON, Fabiano Koff; CANTALI, Fernanda Borghetti. Franquia e arbitragem: breve estudo a partir de emblemática decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 101-124, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p101. ISSN: 2178- 8189.

Resumo: Franquia é um negócio celebrado para a colaboração entre empresários. Tratando-se de um contrato interempresarial é fundamental garantir-se a autonomia e a liberdade contratual das partes, respeitando-se, por exemplo, a cláusula que elege a arbitragem para solução de conflitos. Os sistemas de franquia, para funcionarem como tal, exigem uma certa padronização, inclusive no que se refere ao contrato que instrumentaliza o negócio. Contudo, a padronização do negócio não pode implicar na classificação do contrato de franquia como de adesão. Não obstante, foi esse o principal argumento utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para declarar a nulidade de cláusula compromissória patológica inserida em contrato de franquia, submetendo a controvérsia ao Poder Judiciário. Os principais objetivos do presente artigo são: demonstrar que o contrato de franquia não é um contrato de adesão, mas, no máximo, por adesão, bem como que tal posicionamento do Judiciário gera insegurança para as relações negociais e desestabiliza o mercado. Parte-se, pois, do caso concreto para a realização da análise, utilizando-se o método indutivo.

Palavras-Chave: Franquia; Arbitragem; Contrato de adesão; Mercado; Segurança jurídica.

Abstract: Franchise is a business concluded for collaboration between entrepreneurs. In the case of a business-to-business contract, it is essential to guarantee the autonomy and contractual freedom of the parties, respecting, for example, the clause that elects arbitration to resolve conflicts. The franchise systems, to

function as such, require a certain standardization, including the contract that instrumentalizes the business. However, the standardization of business cannot imply in the classification of the franchise contract as a pure standard form contract. Nevertheless, this was the main argument used by the Brazilian Superior Court of Justice to void a pathological arbitration clause inserted in a franchise agreement, submitting the controversy to the Judiciary. The main objectives of this article are to demonstrate that the franchise contract is not a pure standard form contract, as well as that such judicial guidance generates insecurity for the business relations and destabilizes the market. The case is taken as the starting point for the analysis, through the use of the inductive method.

Keywords: Franchising; Arbitration; Standard form contract; Market; Legal certainty.

INTRODUÇÃO

Franquia é um modelo de negócio, instrumentalizado, do ponto de vista jurídico, por um contrato. As partes contratantes obviamente possuem, pelo menos, uma diferença entre si: quem detém a expertise do negócio é o franqueador. E não se espera que seja diferente, afinal, o franqueado somente adquire uma franquia para poder ter um negócio cujo modelo já foi experimentado por quem irá lhe passar o *know-how* para o empreendimento.

Dessa relação negocial entre empresários podem emergir conflitos, solucionáveis pelo Poder Judiciário ou por outros métodos como a Arbitragem. Esta, inclusive, tem se mostrado mais eficaz na solução dos conflitos envolvendo franquias, dada a sua especialidade, celeridade e caráter sigiloso.

A inserção da cláusula compromissória nos contratos de franquia sempre foi de observância obrigatória pelas partes que livremente optaram por ela quando do ajuste negocial. Porém, recentemente o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de que, tratando-se o contrato de franquia de contrato de adesão, a cláusula compromissória pode ser declarada nula, submetendo a contenda ao Poder Judiciário.

Desse posicionamento, surgem questionamentos: É possível concluir que todo o contrato de franquia é um contrato de adesão? Qual o tipo de patologia que implicaria na nulidade da cláusula compromissória? A alegação de que a parte franqueada é hipossuficiente e foi compelida a aderir ao contrato com tal disposição é suficiente para tal desfecho?

O presente artigo parte da análise do caso julgado pelo STJ e de desdobramentos da referida decisão nos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, e tem por objetivos analisar as peculiaridades do sistema de franquia, apresentar a arbitragem como técnica de solução de conflitos (a qual traz como um de seus princípios estruturantes o da *Kompetenz-Kompetenz*), bem como avaliar a necessidade de respeito ao contrato como forma de manter a estabilidade das relações negociais e do mercado, o que é essencial para a segurança jurídica que se deseja no tráfego negocial. A matriz teórica que será utilizada para tanto é a da análise econômica do direito, programa de pesquisa que defende a utilização de conceitos e métodos desenvolvidos na economia para melhor elucidação das consequências das variadas formas de aplicação das normas jurídicas (no que se convencionou denominar de “análise econômica positiva”), bem como eventualmente para recomendar formas de interpretação e aplicação do direito que melhor se amoldem ao objetivo de utilização racional dos recursos disponíveis para incremento do bem-estar de partes interessadas ou da sociedade em geral (ou “análise econômica normativa”). Na hipótese, será utilizada a noção de economia de custos de transação, pioneiramente desenvolvida nos estudos de Ronald Coase e aqui aplicada para criticar a solução alcançada no julgado enfocado.

1 O CASO: O STJ E O CONTRATO DE FRANQUIA COM CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A Terceira Turma do STJ, no julgamento do REsp 1.602.076/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no qual se discutia a validade de cláusula compromissória pactuada em contrato de franquia, reconheceu a nulidade da referida cláusula sob o argumento de que, em sendo a cláusula patológica¹, poderia o Poder Judiciário declarar sua nulidade, independentemente do estado em que se encontrasse o procedimento arbitral.²

Os ministros entenderam que, a despeito de o contrato de franquia refletir um acordo celebrado entre empresários, caracterizado por ser um contrato típico, misto, bilateral e de prestações recíprocas e sucessivas, teria esta natureza de contrato de adesão. Nessa medida, utilizou-se como fundamento legal para a decisão a própria Lei de Arbitragem, a qual, no §2º do seu artigo 4º, restringe a eficácia da cláusula compromissória nos casos de contratos de adesão (BRASIL, 1996). A regra consagra que, nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente concordar expressamente com a sua instituição ou tomar a iniciativa de instituir o procedimento arbitral.

No caso julgado pelo STJ, a franqueada objetivava a anulação do contrato de franquia ou, subsidiariamente, a sua rescisão, condenando-se a franqueadora a devolver todos os valores envolvidos, tais como: taxa de franquia, *royalties* e multa pela rescisão contratual. O juízo de primeiro grau entendeu que a cláusula compromissória era ineficaz por se tratar de contrato de adesão. Já no TJSP, o entendimento foi diverso, e a decisão, tomada por maioria, foi de extinção do processo sem resolução do mérito em razão da validade da cláusula compromissória, já que, se o contrato de franquia é celebrado entre empresários, não se pode considerá-lo de adesão, devendo-se, assim, afastar a incidência da legislação consumerista³.

No STJ, o argumento de aplicação das regras de consumo ao contrato de franquia foi

1 “Em estudo elaborado em 1974, Frederic Eisemamm denominou de *clauses pathologiques* (cláusulas doentes) as cláusulas defeituosas, imperfeitas ou incompletas, que pela ausência de elementos mínimos suscitam dificuldades ao desenvolvimento harmonioso da arbitragem. A redação imperfeita da cláusula arbitral representará a instauração de um contencioso parasita, redundando na procrastinação da arbitragem, posto que a parte que não tenha interesse em instituí-la fará uso da redação imperfeita, ambígua ou contraditória para suscitar interpretações diferentes ou alegar a nulidade da cláusula compromissória, adiando, assim, o regular processamento da arbitragem.” (EISEMAMM, 1974 apud LEMES, 2002).

2 O caso foi assim ementado: RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA “PATOLÓGICA”. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. 1. Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016. 2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico. 3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. 4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que prima facie é identificado um compromisso arbitral “patológico”, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral. 5. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1602076/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma do STJ, j. em 15/09/2016) (BRASIL, 2016).

3 Conforme ementa do julgamento no TJSP: COMPETÊNCIA ABSOLUTA Ação anulatória de circular de oferta de franquia e contrato de franquia cumulada com pedido de indenização Existência de cláusula compromissória. Preliminar de incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual deduzida na defesa Rejeição em despacho saneador. Contrato de franquia celebrado entre empresários, afastando a incidência da legislação de consumo. Validade da cláusula compromissória. Extinção do processo, sem resolução do mérito declarada (CPC, art. 267, VII). Agravo provido. Dispositivo: Por maioria de votos, deram provimento, e extinguiram o processo, sem resolução do mérito, vencido o 2º desembargador, que negava provimento ao recurso e declara voto. (TJSP; Agravo de Instrumento 2067864-36.2014.8.26.0000; Relator (a): Ricardo Negrão; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Araçatuba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/11/2014; Data de Registro: 25/11/2014) (SÃO PAULO, 2014).

rechaçado de plano, partindo-se do entendimento consolidado naquela Corte de que a franquia é um contrato empresarial, não se podendo cogitar de o franqueado ser consumidor quando a relação é nitidamente de fomento empresarial. Não obstante, a ministra relatora, analisando a natureza jurídica do contrato de franquia, afirmou tratar-se “inegavelmente” de um contrato de adesão. Sustentou que o contrato de adesão não seria uma espécie de contrato, mas uma técnica de formação de contrato e que tal técnica não seria utilizada apenas nos contratos de consumo, mas também em outras relações contratuais, tais como as de franquia. Assim sendo, em todo o contrato de adesão, mesmo não sendo de consumo, a eficácia da cláusula compromissória poderia ser restringida por força do §2º do artigo 4º, da Lei de Arbitragem.

O outro argumento utilizado para a fundamentação da decisão foi o da competência do Poder Judiciário para apreciar a validade da convenção arbitral, abrandando, dessa forma, a aplicação do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*. Argumentou-se que, como regra, indicar-se-ia a prioridade do juízo arbitral para dispor acerca de sua própria competência ou da validade ou nulidade da cláusula arbitral, mas também que, em casos que escapassem à regra geral, quando esteja caracterizada *prima facie* a ilegalidade da convenção de arbitragem, poderia o Judiciário declarar nula a cláusula compromissória, independentemente da fase em que se encontrasse o procedimento arbitral.

Apresentado o caso, importante estabelecer algumas premissas de análise, principalmente no que tange às peculiaridades do sistema de franquia e seus instrumentos jurídicos, bem como em relação à arbitragem como técnica de solução de conflito, a qual deverá ser utilizada sempre que as partes afastarem a jurisdição estatal através da convenção de arbitragem.

2 PECULIARIDADES DO SISTEMA DE FRANQUIA E SEUS INSTRUMENTOS JURÍDICOS

“*Franchising is other people’s money*” é definição comum de franquia para o mercado norte-americano. Obviamente que não se trata de definição técnico-jurídica, mas mostra a essência desse tipo de negócio, qual seja: o modelo de *franchising* permite que o empresário expanda seu negócio de maneira organizada e com menor investimento próprio.⁴

A palavra *franchising* indica o direito que um empresário confere a outro de comercializar os produtos ou serviços de sua marca em uma área geográfica pré-determinada, em troca de uma remuneração. Trata-se, à toda evidência, de um “método comercial destinado a poupar a abertura de filiais e despesas” (GOMES, 2008, p. 578), até porque o empresário que é licenciado para a exploração da marca deve ser independente. Não é à toa que tal modalidade negocial é celebrada através de um contrato celebrado entre empresários.

4 A International Franchise Association – IFA (2018) define franquia como modelo de expansão de negócio: “Franchising is simply a method for expanding a business and distributing goods and services through a licensing relationship. In franchising, franchisors (a person or company that grants the license to a third party for the conducting of a business under their marks) not only specify the products and services that will be offered by the franchisees (a person or company who is granted the license to do business under the trademark and trade name by the franchisor), but also provide them with an operating system, brand and support.”

A doutrina especializada refere que o caso pioneiro de franquia foi o da empresa norte-americana *Singer Sewing Machine* que, em 1850, pretendendo expandir seus negócios com pouco investimento, criou novos pontos de venda fornecendo licença de uso de marca, publicidade e técnica específica de varejo para a venda de suas máquinas de costura para comerciantes interessados em empreender. Com tal estratégia, criou o conceito de fornecimento de licença de uso da propriedade intelectual, aliado ao fornecimento do método de fazer negócio para que terceiros pudessem, a partir disso, criar seus próprios negócios. No Brasil, a partir da década de 1960 as franquias começaram a fazer sucesso através de redes como Yázigi, O Boticário, Localiza e Mister Pizza. (VIEGAS, 2007, p. 227-229).

Atualmente, no Brasil, as franquias empresariais são reguladas por lei especial: a Lei nº 8.955/1994, a qual definiu esse modelo de negócio, em seu artigo 2º, como sendo:

[...] o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também o direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício (BRASIL, 1994).

Embora existam diversas formas de definir o *franchising*⁵, pode-se dizer que se trata de um:

[...] sistema de colaboração entre duas empresas diferentes, mas ligadas por um contrato em virtude do qual uma concede a outra, mediante o pagamento de uma quantia e sob condições bem determinadas, o direito de exploração de uma marca ou fórmula comercial representada por um símbolo gráfico ou um emblema e assinalando-lhe, ao mesmo tempo, uma ajuda e serviços regulares destinados a facilitar esta exploração (FRANCES, 1987 apud SIMIÃO FILHO, 1997, p. 27).

Não obstante ser instrumentalizado através de um contrato, a palavra-chave para o entendimento deste modelo de negócio é *sistema*. É a sistematização que diferencia a franquia das outras modalidades contratuais mais diretas como a distribuição e o licenciamento puro (LEITE, 1991, p. 27).

Na verdade, a franquia resulta da combinação de diferentes contratos, por isso se afirma como um contrato híbrido e complexo (DI BLASI, 2010, p. 382). Envolve a distribuição de produtos ou serviços, a licença de uso de marca e outros bens de propriedade intelectual e a prestação sucessiva e continuada destes recursos, cumulada ou não com o direito de uso da tecnologia de implantação, de administração do negócio e de sistema operacional. (NEGRÃO, 2010, p. 311). Tudo isso é oferecido ao franqueado de forma contínua e sucessiva, para que este tenha condições de criar e expandir a sua própria empresa, pagando, em contrapartida, remuneração ao franqueador⁶,

5 Para uma vasta pesquisa sobre conceituação do *franchising*, incluindo análise de direito comparado, sugere-se a leitura da obra *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, de Adalberto Simião Filho (1997).

6 Existem três formas básicas de remuneração do franqueador pelo franqueado: a) Taxa de Franquia: valor pago

na forma e no prazo estabelecidos no contrato.⁷

Esse sistema de franquia se manifesta, na prática, de diferentes formas. Algumas vezes, a tecnologia de implantação e administração não faz parte do negócio. Disso depreende-se a existência duas modalidades de franquia, classificadas conforme a forma de gestão. A modalidade tradicional de franquia é aquela em que o negócio envolve simplesmente o direito de comercializar os produtos exclusivamente sob a marca do franqueador. Um exemplo dessa modalidade é a relação estabelecida entre as montadoras de veículos e as revendedoras autorizadas. Nessa perspectiva mais tradicional também existem as franquias de distribuição, como no caso da distribuidora de petróleo com os postos de gasolina, os quais operam com a “bandeira” do distribuidor (VIEGAS, 2007, p. 229-232).

O segundo modelo de franquia é o de negócio formatado ou de modelo de negócio (*Business Format Franchising*). O exemplo clássico desta modalidade é a rede de *fast food* McDonald's, o qual também demonstra a dimensão que este sistema de negócio pode tomar, já que nesta modalidade:

[...] o franqueador transfere as técnicas industriais e/ou métodos de administração e comercialização anteriormente desenvolvidas por ele, cedendo ao franqueado a marca e o conjunto de direitos de propriedade incorpóreos, para este operar sob sua supervisão e assessoria técnica na fabricação e/ou vendas de seus produtos e/ou serviços, em troca de uma compensação financeira firmada em acordo através de um instrumento de contrato (LEITE, 1991, p. 37).

Numa modalidade ou outra, certo é que se trata de negócio resultante da união de diferentes modalidades contratuais, o que justifica um número razoável de obrigações e responsabilidades que recaem sobre as partes. É por isso que se pode afirmar que a contratação de uma franquia exige um mínimo de sofisticação. Ou seja, se espera das partes que estejam minimamente assessoradas, contando pelo menos com a figura de um gestor, além de advogado e contador, figuras imprescindíveis para qualquer um que deseje empreender.

Aliás, ainda que as partes assumam obrigações recíprocas e suas responsabilidades, e que

para o ingresso no sistema de franquia para que, fazendo parte da rede, acesse todo o *know-how* desenvolvido pela franqueadora e obtenha a licença de uso da marca; b) Taxa de Royalties: valor pago periodicamente como retribuição ao acesso continuado do *know-how*, benefícios e uso da marca. Normalmente fixada em um percentual do faturamento, remunera a prestação de serviço do franqueador; e, c) Taxa de Marketing ou de Propaganda: valor pago para compor um fundo que será gerenciado pela franqueadora para uso em campanhas de divulgação da marca. (RIBEIRO *et al.*, 2011, p. 10).

⁷ Adverte-se ainda que é um grande equívoco pensar na franquia exclusivamente como uma relação contratual. Certo é que o documento jurídico que instrumentaliza o relacionamento entre as partes é o contrato de franquia, o qual é precedido de outro documento previsto na Lei de Franquias, no qual se expõe todas as informações pertinentes ao negócio: a circular de oferta de franquia. Mas franquia, enquanto modelo de negócio, envolve muito mais do que o contrato. Tanto assim que são muitos os advogados que trabalham com franquias, eis que, muito embora possam ter a expertise necessária para elaboração dos instrumentos jurídicos, muitos outros profissionais serão necessários para a formatação específica da franquia. O empresário que pretende franquear deverá primeiramente realizar uma avaliação da franqueabilidade do seu negócio, a qual envolve aspectos comerciais, financeiros e estratégicos. Concluindo pela franqueabilidade, será necessário definir os processos aos quais a franqueadora e as franqueadas estarão submetidas, os quais deverão ser manualizados. Numa etapa final da formatação do sistema, serão elaborados a circular de oferta e o contrato de franquia. Isso tudo para iniciar a comercialização da franquia e, depois de criada a rede, não se poderá descuidar da gestão da rede, seja no que toca expansão, relacionamento, marketing e planejamento. Para a compreensão da dimensão do sistema de franquia, sugere-se a leitura da obra “Gestão estratégica do *franchising*”, de Ribeiro *et al.* (2001).

se estabeleça entre elas uma relação de bastante proximidade, já que o contínuo relacionamento entre a franqueadora e os franqueados é um dos pontos-chaves para o sucesso da rede⁸, é certo que nada disso é garantia de sucesso comercial, na medida em que “a exploração de franquia é um negócio comercial sujeito a riscos e dependente da habilidade empresarial do franqueado e das variações de mercado.” (DI BLASI, 2010, p. 382).

Cabe ao franqueador uma tarefa árdua, na medida em que deverá preparar seu negócio para um processo de expansão e de relacionamento com outros empresários. Estes, os franqueados, também deverão se empenhar para o seu negócio seja bem-sucedido. O fato de o franqueador ser proprietário de uma marca consolidada e do conhecimento de como fazer as coisas, o que será fornecido ao franqueado que pretende investir em um negócio bem estruturado, como já dito, não é garantia de sucesso. Este vai depender do espírito empreendedor do franqueado, sua capacidade de assumir riscos, seu conhecimento sobre o setor, administração e finanças, algumas qualidades pessoais como liderança, perseverança, ambição e desejo de inovação, além da realidade do mercado onde ela será implantada, sendo altamente recomendável a realização de pesquisa de campo no mercado antes da realização do investimento (LEITE, 1991, p. 128-142).

Para além da classificação das franquias quanto à forma de gestão, são elas também classificadas conforme o âmbito do contrato. Nesse caso, existem as franquias diretas, ou seja, de produtos ou de serviços, que podem ser contratadas nas modalidades tradicional ou formatada, e as franquias indiretas. A mais conhecida modalidade de franquia indireta é a Franquia Máster (*Master Franchise*), na qual o franqueador repassa para o máster franqueado o direito de outorgar franquias a terceiros em um determinado território. Em verdade, o máster franqueado exerce atividade de franqueador, podendo até estar proibido de operar uma franquia diretamente ou, em outros casos, tem o dever de fazer uma operação direta para garantir experiência. Aliás, sugere-se que, em regra, os franqueadores operem diretamente pelo menos uma franquia, com o objetivo de ter contato direto com o destinatário final, o consumidor, o que é salutar para o próprio gerenciamento do sistema. A outra modalidade de franquia indireta é a de Desenvolvimento de Área de Franquia (*Area Development Franchises*), na qual o franqueador confere ao franqueado o direito de explorar diretamente – e não através de terceiros, como na modalidade máster – diversas franquias em uma extensa área territorial (VIEGAS, 2007, p. 232-234).⁹

Como se pode perceber, a franquia é um negócio celebrado para a colaboração entre os empresários. Paula Forgioni (2016a, p. 118-119), tratando das transformações gerais no Direito Comercial nas últimas décadas, indica que uma delas é justamente a ascensão dos contratos de

8 Many people, when they think of franchising, focus first on the law. While the law is certainly important, it is not the central thing to understand about franchising. At its core, franchising is about the franchisor's brand value, how the franchisor supports its franchisees, how the franchisee meets its obligations to deliver the products and services to the system's brand standards and most importantly – franchising is about the relationship that the franchisor has with its franchisees. In a 2014 survey by Franchise Business Review on franchisees' relationship with their franchisors it was determined: 90% enjoy operating their business, 88% of franchisees enjoy being part of their organization, 85% feel positive about their affiliation with their franchisor, 83% respect their franchisor, 80% feel their franchisor operates with a high level of honesty, 78% would recommend their franchise brand to others, and 73% would “Do it all over again” if they had the option (IFA, 2018).

9 Ressalte-se que existem diversas modalidades e formas de classificação das franquias. Para aprofundamento sobre as formas de classificação, sugere-se a obra de Roberto Cirne Lima Leite (1991, p. 31-38) e de Ana Cláudia Redecker (2002, p. 58-62).

colaboração. Afirma que, no decorrer do século XX, a forma de fazer negócios se alterou, dando origem a contratos híbridos, já que o exercício da empresa por agentes econômicos está cada vez mais ligado à sua colaboração com outras empresas. Não há como negar que a franquia é uma espécie do gênero contratos de colaboração, nos quais a articulação entre as partes contratantes é traço essencial.

O contrato e a Circular de Oferta de Franquia (COF) são os instrumentos jurídicos do *franchising*, pelo que se impõe sua caracterização. O contrato de franquia, considerado pelo INPI como uma espécie de contrato de transferência de tecnologia¹⁰, é bilateral, oneroso, de execução continuada, complexo e atípico:

A lei brasileira sobre franquias não confere tipicidade ao contrato: prevalecem entre franqueador e franqueado as condições, termos, encargos, garantias e obrigações exclusivamente previstos no instrumento contratual entre eles firmado. Procura apenas a lei assegurar ao franqueado o amplo acesso às informações indispensáveis à ponderação das vantagens e desvantagens relacionadas ao ingresso em determinada rede de franquias (VIEGAS, 2007, p. 232).

Em verdade a lei¹¹ pouco cuidou do contrato de franquia, mas sim da COF, verdadeiro “dossiê” para o atendimento do princípio do *disclosure*, um dos pilares do sistema de franquia. A lei, portanto, obriga que, ao oferecer a franquia, o franqueador efetivamente preste ao interessado as informações indispensáveis para que se possa fazer a avaliação das reais condições proporcionadas pelo negócio. A COF, conforme a lei, deverá conter informações sobre o franqueador, como histórico, estrutura societária, demonstrações financeiras, registro de marca; sobre o perfil ideal do franqueado e a necessidade do seu envolvimento direto no negócio; sobre a franquia em si, delimitação territorial, valores envolvidos e o seu *market share*¹²; sobre obrigações do franqueador, ou seja, o que ele efetivamente irá oferecer; e sobre direitos e obrigações do franqueado, inclusive delimitando a eficácia pós-contratual no que toca ao *know-how* ou ao segredo de negócio transferido durante a contratação e a possibilidade ou não de implantação de atividade concorrente (VIEGAS, 2007, p. 241-247).

Tal é a força da COF que o seu não fornecimento na antecedência mínima de dez dias da celebração do contrato poderá gerar a anulabilidade deste, com devolução de todos os valores pagos pelo franqueado, além do ressarcimento de eventuais perdas e danos havidas, como dispõe o artigo 4º, parágrafo único, da Lei 8.955/94 (COELHO, 2010, p. 129-134).

O contrato, cujo modelo padrão deverá acompanhar a COF, precisa ser cuidadosamente elaborado já que, além de clara delimitação das partes, objeto, territorialidade, remuneração, exclusividade e prazo, muitas são as demais cláusulas recomendáveis como, por exemplo, a cláusula de recompra ou preferência para recompra pelo franqueador, possibilidade de cessão e

10 Para maiores informações, sugere-se o acesso ao site do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI (2017).

11 A lei comentada por Nelson Abrão (2011) pode ser encontrada na obra *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial* organizada por Arnoldo Wald.

12 Posição da franquia no mercado, a partir de uma análise da concorrência.

transferência de direitos, necessidade ou não de averbação no INPI¹³, além da cláusula de eleição de foro, legislação e arbitragem (VIEGAS, 2007, p. 248-262).

Por fim, importante ressaltar que não se deve confundir, *a priori*, a necessidade de padronização do contrato de franquia com a contratação por adesão. Não há como não reconhecer que o contrato de franquia deve ser padronizado. Aliás, isso decorre da própria exigência legal de que o contrato padrão seja anexado à COF com o objeto de o interessado na eventual compra da franquia consiga visualizar o modo de trabalhar do franqueador, bem como porque não deve haver grandes divergências no tratamento dispensado aos diferentes franqueados.

Há quem sustente que o contrato de franquia é sempre por adesão¹⁴. Contudo, ousa-se divergir. Há situações em que as partes negociam a disposições contratuais previamente. Quando há negociação, o contrato é paritário. Portanto, a caracterização do contrato de franquia como paritário ou por adesão é uma questão fática, e não propriamente jurídica, que envolve a efetiva negociação realizada antes da celebração do contrato. Assim também o posicionamento de Juliana Viegas (2007, p. 249) para quem:

[...] o contrato de franquia não precisa ser, obrigatoriamente, um contrato por adesão. Deve ser, sim, padronizado em suas cláusulas gerais, por não deve haver tratamentos muito diferentes entre os vários franqueados de uma rede. Entretanto, dependendo das circunstâncias de cada potencial franqueado, pode haver alterações em cláusulas particulares, ou exigências especiais aplicáveis a franqueados individuais e que não se apliquem aos demais, comportando, pois, o contrato-padrão algumas alterações que o descaracterizam como contrato por adesão.

Ainda, por mais que se compreenda que o contrato de franquia é um contrato por adesão e, em algumas situações, de fato o será, não se pode olvidar de que o franqueado não está obrigado a aderir ao sistema de franquia. Assim, o elemento volitivo caracterizador da autonomia privada da parte está em justamente aderir ou não ao sistema negocial proposto pelo franqueador. Mais, considerando-se a oferta de diversas franquias no mercado, em que franqueadores concorrem disputando a preferência dos potenciais franqueados, o empreendedor poderá optar por contratar com outra parte que lhe ofereça condições mais vantajosas, ainda que através de contratos por adesão. Essa concorrência é que faz com que os contratos de franquia guardem diferenças significativas entre si, não obstante certa padronização (CRUZ, 2016a).

Embora não se compreenda como significativa a distinção por vezes feita entre o contrato de adesão e por adesão, clara é a posição de Rubens Requião (2011, p. 661) acerca do tema quando afirma que:

13 Registro imprescindível para a eficácia perante terceiros, dedução fiscal de pagamentos e para permitir a remessa de *royalties* ou da remuneração devida para o exterior, em moeda estrangeira, caso em que também será necessário registro no BACEN. Para aprofundamento do tema, sugere-se o artigo de Juliana Viegas (2007, p. 64-89).

14 Luciano Timm (2009, p. 95-97), concluindo que a classificação do contrato de franquia como de adesão ou paritário depende da análise do caso concreto, apresenta ótima síntese sobre as fortes divergências doutrinárias relativas ao tema.

Formula, geralmente, o franqueador um contrato padrão que serve para ordenar, uniformemente, as relações das partes. Revelam esses instrumentos contratos-típos, aos quais se ligam os franqueados por adesão espontânea, permitindo, assim, a formação de sólida e eficaz rede disciplinada de concessionários. O contrato, compreenda-se, não é um contrato de adesão, sendo apenas formado por adesão ao franqueado. Este age espontaneamente, manifesta livremente seu interesse e consentimento, sem a pressão das circunstâncias. Sabemos que o contrato de adesão, dado o monopólio de direito que por ele se forma, por concessão geralmente de serviço público, não permite alternativa para o contratante aderente. Este adere ou não obtém o serviço, não lhe dando a organização econômica e política do estado outra alternativa senão a submissão às normas contratuais impostas. Isso não ocorre com a franquia comercial, pois, não contratando com o franqueador, o franqueado tem toda a liberdade para agir em atividades concorrentes.

Pode-se afirmar ainda que o fato de a Lei de Franquia ocupar-se mais da questão informacional do que obrigacional, permite a interpretação de que a intenção do legislador foi a de prestigiar a liberdade negocial entre franqueador e franqueado, permitindo que as cláusulas contratuais resultem da livre pactuação entre as partes (BIANA; SANT'ANNA, 2017, p. 132).

Enfim, o contrato de franquia pode ser negociado entre as partes, como também pode, em determinadas situações, ser um contrato por adesão (TIMM, 2009, p. 97). Não se pode tomar posição apriorística, sob pena de partir-se de premissa equivocada. Só a análise do caso concreto é que poderá determinar a natureza do contrato de franquia.

3 ARBITRAGEM COMO MEIO MAIS EFICAZ DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EMPRESARIAIS E O PRINCÍPIO DA *KOMPETENZ-KOMPETENZ*

Pode-se afirmar que a arbitragem é um mecanismo privado de solução de litígios bem sucedido na atualidade. O Brasil vem firmando posição assertiva em torno da arbitragem. Embora regulada por lei desde o ano de 1996 (Lei 9.307/96), muitas foram as barreiras enfrentadas até que se conseguisse firmar uma cultura em prol da arbitragem.

Atualmente, principalmente para a solução de controvérsias empresariais, a arbitragem vem se consolidando como meio mais eficaz que o da jurisdição estatal. O sigilo, a celeridade e a expertise dos árbitros sempre são apontados como vantagens na utilização deste mecanismo, o que, na perspectiva da análise econômica do direito, representa diminuição de custo de transação¹⁵ para as partes (TIMM, 2009, p. 17-29).

15 Ronald Coase, em artigo publicado no ano de 1937, intitulado *The Nature of the Firm*, chamou a atenção para a existência de custos não observados pela metodologia padrão de análise econômica. Visando explicar o fenômeno do surgimento e do crescimento da empresa através de pressupostos metodológicos realistas (embora sem deixar de aplicar as noções de margem e substituição), Coase ressaltou a existência de “custos de utilização do mecanismo de preços”, os quais posteriormente foram denominados de “custos de transação” (COASE, 1937). Para ele os custos de transação são os custos totais associados a uma transação econômica, em função dos relacionamentos que deverá manter com os demais integrantes do sistema produtivo. Os custos de transação implicam nos custos relacionados com as atividades que viabilizam a concretização de uma transação: a busca de informação relevante para a potencial transação, a negociação que delimita as intenções das partes, a formalização das relações através dos instrumentos contratuais, o monitoramento dos parceiros contratuais para avaliação do efetivo cumprimento do acordo celebrado e a correta aplicação do contrato no que toca as regras de rescisão em caso de descumprimento do ajuste (PINHEIRO; SADDI, 2005).

Em um litígio que envolve uma franquia empresarial, por exemplo, o sigilo pode ser fundamental, dado que a relação litigiosa envolve informações sensíveis à concorrência, ao *know-how* e eventual segredo de negócio. Busca-se também celeridade, já que a eternização dos processos judiciais pode levar os empresários até mesmo à falência. E o que se dirá da especialização dos árbitros em matéria empresarial, quando normalmente os juízes são generalistas e nem sempre têm condições de dimensionar adequadamente a repercussão de suas decisões para as partes, terceiros que com elas se relacionam e para o mercado em si. Além disso, outro delicado problema é a falta de estabilidade das decisões judiciais. A insegurança daí decorrente também não produz efeito apenas entre as partes litigantes, afetando o mercado como um todo e o seu desenvolvimento econômico (TIMM, 2009, p. 17).

Bruno Salama (2014, p. 386) defende que a arbitragem, além de reduzir custos de transação diretamente ligados à solução de litígios, pode também maximizar os ganhos na relação comercial entre as partes na medida em que “favorece o estabelecimento de um sistema de incentivos mais adequado para o cumprimento de contratos”. Por exemplo, se as partes optam pela inclusão da cláusula compromissória no contrato, de antemão já sabem que eventual litígio será resolvido por um árbitro, cuja expertise tende a diminuir a margem de erro no julgamento. Tal fato poderá ser um incentivo ao adimplemento contratual, melhorando a “moldura jurídico-institucional em que transcorre a relação negocial” (SALAMA, 2014, p. 386). O autor afirma categoricamente que “se a parte sabe que arcará com os ônus da sua má-fé contratual, a tendência é que se comporte de boa-fé” (SALAMA, 2014, p. 386).

Carlos Alberto Carmona (2009, p. 15) afirma que:

Arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.

A imposição de solução pelos árbitros demonstra que se trata de meio heterocompositivo, não se assemelhando aos meios autocompositivos como a mediação e a conciliação. Trata-se de procedimento que será adaptado conforme a conveniência das partes. Estas não só elegem a arbitragem em si para a solução de conflitos, mas também o direito material e processual que será aplicável, a possibilidade de optar pelo julgamento de direito ou por equidade, com base em princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. Conforme Carmona (2009, p. 15), “prestigiou-se em grau máximo e de modo expresso o princípio da autonomia da vontade, de forma a evitar dúvidas na aplicação da lei.”

O afastamento da jurisdição estatal pelas partes se dá mediante convenção de arbitragem, que pode ser celebrada antes do surgimento do litígio, com a inserção da cláusula compromissória no contrato celebrado entre as partes, ou mesmo após o surgimento da controvérsia, via celebração de compromisso arbitral, nos termos do artigo 3º da Lei de Arbitragem (CARMONA, 2009, p. 77-93).

No que toca à cláusula compromissória, as partes devem ter o cuidado necessário para não incluir no contrato uma cláusula patológica. Selma Lemes (2002) explica que a cláusula compromissória deve estabelecer condições mínimas de operacionalização da arbitragem, indicando se esta será institucional, apontando a câmara que administrará o procedimento e, assim, as regras procedimentais aplicáveis, ou se será *ad hoc*, definindo como serão indicados os árbitros e como será iniciado o procedimento. Além disso, sempre salutar determinar a lei e o idioma aplicável, o local e seu escopo. A ausência destas condições mínimas caracterizam as cláusulas defeituosas, imperfeitas ou incompletas, chamadas de patológicas. Estas podem causar embaraço ao desenvolvimento harmonioso da arbitragem. As cláusulas patológicas podem ser inválidas, ou seja, redigidas de forma incongruente ao ponto de não se chegar a conclusão de que efetivamente se trata de uma cláusula compromissória, ou suscetíveis de validade. Estas são as cláusulas vazias ou incompletas, contraditórias ou ambíguas, as quais demandam interpretação para avaliação da real intenção das partes para fins de sua aplicação.

Também importante para o propósito da presente análise é a barreira imposta pela lei às cláusulas arbitrais nos contratos de adesão. O §2º do artigo 4º da lei estabelece duas formas de operacionalizar a arbitragem nos contratos de adesão. Uma delas é a condição de eficácia da cláusula compromissória ao início do procedimento arbitral pelo aderente. Esse dispositivo afasta o caráter vinculante da referida cláusula quando ela está inserida em contrato sem qualquer forma de destaque ou certeza de que o aderente tinha plena consciência de qual era a sua consequência. Em função disso, a segunda regra condiciona a eficácia da cláusula compromissória à concordância do aderente quanto ao seu conteúdo e inserção no contrato, a qual pode ser firmada em instrumento separado ou estar no corpo do contrato de forma destacada e com visto especial do aderente em relação a ela (CARMONA, 2009, p. 106-108; LEMES, 2005).

O importante é perceber que, seja a cláusula compromissória patológica, por que motivo for, ou mesmo se for necessário avaliar se o contrato de fato é ou não por adesão para fins de afastamento da jurisdição arbitral e devolução do litígio ao Judiciário, a apreciação *prima facie* da questão competirá à instituição arbitral. Isso deflui da aplicação do princípio da *kompetenz-kompetenz*, consagrado no parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem. Trata-se de um dos princípios basilares da arbitragem, segundo o qual é de competência do árbitro decidir sobre sua própria competência,

[...] resolvendo as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via de cláusula compromissória, quanto por meio de compromisso arbitral (CARMONA, 2009, p. 175).

Diz-se que o princípio da *kompetenz-kompetenz* é uma das molas propulsoras do desenvolvimento da arbitragem, já que negar a aplicação desse princípio, dando ao juiz togado a possibilidade de analisar, antes e em detrimento dos árbitros, a alegação da nulidade da cláusula

compromissória, atenta contra a autonomia de vontade das partes, até então presumivelmente livre e lícitamente manifestada, bem como contra a idoneidade do procedimento arbitral, retirando daqueles que elegeram este método de solução de conflito toda a segurança jurídica almejada com a escolha (COELHO, 2007, p. 327).

E não é só isso, o referido princípio não só atribuiu aos árbitros o poder de apreciar as questões relativas à validade e eficácia da convenção de arbitragem, mas também do contrato que contenha a cláusula compromissória. Eleonora Coelho (2007, p. 330) afirma que:

[...] cabe, portanto, aos árbitros apreciar todos os requisitos ensejadores de sua competência, tais como: capacidade daqueles que assinaram o contrato e a convenção arbitral, validade da manifestação de vontade e sua forma e arbitrabilidade objetiva do litígio.

Nesse ponto, a análise se mostra relevante à discussão sobre a arbitragem nos contratos de franquia empresarial. Afinal, não obstante defender-se a posição de que o contrato de franquia possa não apenas ser por adesão, mas também paritário, porque existem situações em que as partes negociam suas cláusulas, fato é que o STJ partiu do pressuposto de que as franquias são sempre instrumentalizadas por contratos de adesão.

A autora acima citada, quando menciona que cabe ao árbitro avaliar a forma da manifestação de vontade das partes contratantes, refere como exemplo justamente os contratos de adesão. Ou seja, atribui-se ao árbitro a tarefa de avaliar se foram ou não cumpridas às exigências do §2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem (COELHO, 2007, p. 330), e, antes disso, se de fato o contrato é por adesão ou não, o que condiciona a pertinência da aplicação das condições estabelecidas à eficácia da cláusula compromissória.

Luciano Timm (2009, p. 109-110), em estudo justamente destinado à arbitragem nos contratos de franquia defende, baseado em estudo jurisprudencial, que a cláusula compromissória tem força suficiente para afastar a jurisdição estatal, não se podendo excluir, de pronto, a arbitragem como o método adequado para a solução do litígio, mesmo que o contrato de franquia seja considerando, no caso concreto, como de adesão. Que dirá se considerado paritário. Sustenta que:

[...] em se tratando de qualquer discussão sobre a validade da cláusula compromissória nos contratos de franquia, sendo esta inserida no contrato de adesão ou não, deverá ser analisada pelo árbitro escolhido com base no princípio da *Kompetenz-Kompetenz*. Eventuais nulidades deverão ser discutidas a posteriori, mediante o controle judicial via ação de nulidade nas hipóteses previstas na lei 9307/96 (TIMM, 2009, p. 109-110).

Dessa forma, sendo ou não o contrato de franquia por adesão, necessário fazer valer a cláusula compromissória, nem que seja para o árbitro manifestar-se sobre a sua ineficácia e declarar-se incompetente para a solução do litígio. Só assim manter-se-á o necessário respeito ao princípio da *kompetenz-kompetenz*, bem como à autonomia privada e conseqüente liberdade

contratual.

4 O RESPEITO AO CONTRATO COMO FORMA DE MANTER A ESTABILIDADE DO MERCADO E DAS RELAÇÕES NEGOCIAIS

O contrato constitui a base da economia de mercado; é através dele que se viabiliza a circulação das riquezas. Assim, o contrato precisa ser pensado na perspectiva do mercado, bem como dos agentes econômicos que, atuando nele, transacionam. Afinal, “o mercado identifica-se com um emaranhado de relações contratuais, tecido pelos agentes econômicos” (FORGIONI, 2016b, p. 24). Mais, não se pode conceber a empresa de forma isolada, quando, em verdade, pode ela ser entendida como o próprio agente econômico, na medida em que não apenas “é”, conforme afirma Paula Forgioni (2016b, p. 24), mas “age”, “atua” no mercado, por meio dos contratos; das interações com os demais agentes econômicos. Assim, as relações negociais travadas no mercado precisam ser respeitadas, como forma de manter a estabilidade e a segurança necessária ao trato das relações comerciais e do próprio mercado.

As fronteiras entre os contratos mercantis e os contratos civis e de consumo já estiveram muito mais ofuscadas outrora do que atualmente.¹⁶ A consolidação do direito do consumidor e a necessidade de delimitar as fronteiras entre as relações interempresariais e com consumidores, já que são relações que se estabelecem em contextos sociais e jurídicos distintos, funcionando através de princípios e lógicas diversas, implicaram na “redescoberta” dos contratos comerciais como categoria autônoma, merecedora de tratamento peculiar e distinto das regras gerais do direito civil e do direito consumerista” (FORGIONI, 2016a, p. 101).¹⁷

Os contratos empresariais partem da lógica de que as partes em ambos os pólos são movidos pela busca do lucro. No exemplo do contrato de franquia, não resta nenhuma dúvida de que o franqueador oferece sua marca e seu *know-how* em troca de uma vantagem econômica, assim como o franqueado busca estruturar o seu negócio a partir de um modelo já consagrado no mercado, porque entende que isso pode lhe trazer uma vantagem econômica. Em verdade, o norte de todo o contrato mercantil é a sua função econômica. Afinal, as partes contratam porque visam o seu escopo, esperam que o negócio desempenhe determinada função econômica, potencialmente vantajosa (FORGIONI, 2016b, p. 109-117).

Obviamente que, no início da relação contratual, as partes percebem de forma mais clara as vantagens de se vincularem contratualmente. Mas com o passar do tempo, é possível que o vínculo possa se tornar desinteressante. Não raro, franqueados, para seguir no exemplo que interessa ao

¹⁶ Antes da conformação do direito do consumidor de forma autônoma, os contratos celebrados entre empresários e consumidores estavam submetidos a uma mesma racionalidade. Contudo, o próprio mercado demonstrou a necessidade de se proteger o consumidor de forma diferenciada. Afinal, se no direito do consumidor se parte da premissa da hipossuficiência e vulnerabilidade de uma das partes contratantes, no direito empresarial parte-se da premissa oposta. Assim, a consolidação do direito do consumidor, fez com que toda uma massa de contratos fosse retirada do direito comercial por força da criação do sistema específico, restando ao direito mercantil à disciplina das relações entre empresas (FORGIONI, 2016a).

¹⁷ Construindo a teoria geral dos contratos mercantis, no sentido de apresentar suas classificações, regras de formação e vinculação das partes durante a execução do contrato, bem como os vetores de funcionamento dos contratos empresariais tem-se a obra acima citada “Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação” de Paula Forgioni (2016b).

presente estudo, depois de já estarem consolidados no mercado, começam a questionar a razão pela qual continuam pagando *royalties* ao franqueador e, assim, de forma oportunista, buscam encontrar qualquer saída para questionar a validade do contrato. Visando coibir o indesejável oportunismo das empresas¹⁸ e a manutenção do mercado, mostrar-se relevante primar pela força vinculante dos contratos, fazendo valer o *pacta sunt servanda*. Aliás, a manutenção do contratado é algo que se espera dos agentes que atuam no mercado de forma leal, até porque a boa-fé nas relações comerciais, que significa adoção de comportamento jurídico esperado entre agentes econômicos, diminui os custos de transação, já que facilita os negócios e estimula o fluxo das relações econômicas. Também diminui os custos de transação o maior grau de confiança existente no mercado, daí o porquê de a confiança também pautar as relações comerciais, privilegiando-se a legítima expectativa gerada pela transação (FORGIONI, 2016b, p. 117-133).

Sob o enfoque específico da análise econômica do direito, analisando-se a estrutura do direito contratual, também se destaca como princípio pilar o da liberdade contratual que culmina na autonomia privada das partes no que toca ao como e quando irão contratar e na máxima de que os contratos devem ser cumpridos. O *pacta sunt servanda* implica em uma coação estatal sem a qual a probabilidade de adoção de comportamento oportunista com vistas ao descumprimento do contrato é muito maior (TIMM; GUARISSE, 2014, p. 169-174).

Dadas estas premissas, e voltando-se à análise do caso julgado pelo STJ sobre franquias, para além do entendimento de que não se pode aprioristicamente classificar todos os contratos de franquia como de adesão, ousar-se-ia novamente dizer que, muito embora no julgamento se tenha afastado as regras de direito do consumidor, o que levaria a crer que a lógica dos contratos empresariais seria utilizada para o julgamento, não foi o que se observou. Entreviuse no contrato, na busca de um ideal de reequilíbrio entre as partes, considerando-se uma delas mais fraca em relação a outra, por conta da celebração de um suposto contrato de adesão. Segurança e previsibilidade apresentam-se como necessidade jurídica e econômica no âmbito dos contratos mercantis, sendo esta a lógica que deve permear as relações empresariais. Quanto maior a instabilidade dos vínculos contratuais, menor é a previsibilidade das transações. É certo que este risco faz parte do mercado, mas a função econômica do contrato é justamente reduzir o ônus imposto pelo risco da atividade (PINHEIRO, SADDI, 2005, p. 118). Mas, para tanto, é preciso que os contratos sejam cumpridos.

Não bastasse não se concordar com a lógica utilizada para o julgamento do caso concreto, identifica-se ainda outro problema: a propagação da solução em tribunais de grau ordinário de jurisdição sem que se pondere sobre suas consequências. Aliás, a decisão do STJ não tardou em provocar repercussões na jurisprudência, assim como na doutrina.

Em um artigo intitulado “apontamentos sobre a arbitragem no contrato de franquia”, Biana e Sant’Anna (2017, p. 142-146) analisam a validade da cláusula compromissória perante o “franqueado hipossuficiente”. Com respeito à posição, não se pode compactuar com a construção

18 Entendendo-se por oportunismo “indesejável” aquele comportamento que, aproveitando-se da assimetria informacional e da inevitável incompletude contratual nas relações contratuais de longo prazo, atua no sentido de frustrar o contrato enquanto acordo mutuamente benéfico com ganhos de utilidade de ambas as partes.

dessa figura, sob pena de comprometimento do mercado capitalista.¹⁹ É com dificuldade que se tem conquistado o tratamento dos contratos mercantis sob uma lógica diversa dos contratos de consumo ou daqueles tidos como “existenciais”²⁰. E mesmo que se possa falar hoje em microfranquias²¹, aquelas que exigem um investimento mais baixo, ainda assim se está diante de agentes econômicos, e como tal devem ser tratados.

O mesmo reflexo negativo já pode ser encontrado na jurisprudência. O TJRS até o ano de 2016 era pacífico no sentido de que a cláusula compromissória inserida em contrato de franquia era de observação cogente²². Contudo, fazendo-se uma pesquisa jurisprudencial, o único caso de temática similar julgado no ano de 2017 já foi no sentido contrário²³, seguindo os passos da decisão do Superior Tribunal de Justiça.

É preocupante a proliferação de decisões pelo simples fato de haver um precedente de um tribunal superior, sem que se faça a devida análise das peculiaridades do caso concreto e sem que se reflita sobre as consequências práticas das decisões judiciais, principalmente em contratos como o de franquia, os quais, como já referido, devem ser entendidos na medida de seu pertencimento a um sistema, e não de forma meramente isolada.

Defende-se a posição adotada na flagrantemente ilegalidade ou patologia da cláusula compromissória. Mas, que patologia é essa? O argumento de que o processo arbitral é mais oneroso, dadas as suas custas e honorários pagos aos árbitros, e que, portanto, a impossibilidade de arcar

19 “No direito comercial, salvo raríssimas exceções, não se pode reconhecer no empresário um hipossuficiente; o mercado capitalista não poderia funcionar desta forma.” (FORGIONI, 2016b, p. 67).

20 Antônio Junqueira Azevedo (2008) propôs uma nova dicotomia contratual que entendeu ser a classificação do século XXI: os contratos existenciais, em que pelo menos um dos polos é composto por pessoa física que visa a sua subsistência, e os contratos de lucro, celebrados entre empresas. Nestes a interferência dos juízes perturba o mercado e, portanto, nestes casos a deve-se respeitar com maior intensidade o princípio da força obrigatória dos contratos.

21 No portal da Associação Brasileira de Franchising se constata que existem ofertas do que se convencionou chamar de microfranquia ou “franquia barata”, nas quais os investimentos partem de R\$ 5 mil reais. Mas a média gira em torno de R\$ 100 a R\$ 200 mil reais. Nessa média de valor, mesmo que se possa considerar muito ou pouco dependendo do ponto de vista, é certo que se exige da parte no mínimo análise do contrato a celebrar por um especialista. Dizer que a parte não sabia dos impactos de uma cláusula compromissória lá inserida e que isso pode impedir o acesso ao Judiciário é admitir a vitimização daquele que se pretende empresário. A vitimização é um problema na sociedade brasileira que culmina com a eliminação de direitos. Haja vista os pífios valores de indenizações que hoje são praticadas no Brasil que nada mais é do que a resposta ao uso inadequada e desmesurado da ação indenizatória por aquele que se sente vítima de qualquer coisa ou que enxerga na demanda uma oportunidade de dinheiro fácil.

22 APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DECLARATORIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. JUÍZO ARBITRAL. OBRIGATORIEDADE. Contrato de franquia celebrado pelas partes com expressa estipulação de que eventuais litígios seriam dirimidos por arbitragem. Cogência da cláusula compromissória ajustada no contrato. Extinção do processo confirmada. Precedentes desta Corte. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIMÉ. (Apelação Cível Nº 70071391114, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Giuliano Viero Juliato, Julgado em 24/11/2016) (RIO GRANDE DO SUL, 2016). No mesmo sentido: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL. CLÁUSULA ARBITRAL. OBSERVÂNCIA COGENTE. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM PARA DIRIMIR O CONFLITO. A manifestação válida de vontade dos sujeitos da relação obrigacional, na eleição da arbitragem para dirimir conflitos advindos do contrato, há que obrigatoriamente ser respeitada. Hipótese de extinção do processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII. Pactuação de cláusula compromissória. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (AC nº 70065584138, 18ª Câmara Cível do TJRS, Rel.: Pedro Celso Dal Pra, j.17/09/2015) (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

23 APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. CONTRATO DE FRANQUIA. AÇÃO ORDINÁRIA. CLÁUSULA DE ARBITRAGEM. DISCUSSÃO. NULIDADE. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96 - Lei de Arbitragem. O Poder Judiciário pode declarar a nulidade da cláusula arbitral, nos casos em que identificado um compromisso arbitral claramente ilegal em contratos de adesão. APELO PROVIDO. (AC nº 70073254666, 11ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Bayard Ney de Freitas Barcellos, j. em 07/06/2017) (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

com tais despesas implica em obstaculizar o acesso à justiça pode ser suficiente para entender a cláusula compromissória como patológica ou ilegal?

Esse argumento parece simplista. Muitos estudos que demonstram as vantagens da arbitragem anunciam como a maior desvantagem justamente o custo financeiro do procedimento. Mas mesmo assim, pesando-se prós e contras, a balança pende ao uso da arbitragem, já que soluções técnicas, rápidas e sigilosas favorecem que o empresário continue no mercado gerando riquezas.

Não se pode deixar de esclarecer que, em casos nitidamente teratológicos, em que o contrato de franquia oculte, por exemplo, uma relação de subordinação que quase poderia ser entendida como relação de trabalho, porque o franqueado fica completamente à mercê do franqueador e de suas determinações, eliminando completamente sua autonomia negocial na condução do seu próprio negócio, poder-se-ia compreender como abusiva a inserção da cláusula compromissória, porque nitidamente inserida como obstáculo ao enfrentamento da questão pelo Poder Judiciário. O mesmo ocorre quando, sob o manto de oferta de franquia são praticados golpes no mercado, como é o caso de decisão do TJSP em que se reconheceu a ilegalidade da cláusula compromissória dentro de uma realidade fática peculiar: onze franqueados se insurgiram contra o franqueador, o qual lhes impôs a todos negócios ruinosos e o acesso ao judiciário estava sendo obstaculizado pela cláusula compromissória.²⁴ Contudo, tal entendimento deve ser compreendido como excepcional.

Analisando-se outros casos na jurisprudência do TJSP, posteriores ao julgamento do STJ, quer se crer que a decisão deste não será simplesmente replicada sem análises detidas dos casos concretos, já que encontradas decisões que afirmam a força vinculante da cláusula compromissória inserida em contrato de franquia empresarial, mesmo à luz do §2º, do artigo 4º, da Lei de Arbitragem, bem como que compete ao árbitro decidir sobre a validade e eficácia da convenção arbitral em razão do princípio da *kompetenz-kompetenz*.²⁵

Ressalte-se, novamente, que não se pode partir do pressuposto de que as relações entre empresários são assimétricas, as quais são caracterizadas por ter uma parte hipossuficiente ou vulnerável, a qual necessita da tutela estatal, como ocorre nas relações de consumo ou nos contratos classificados como existenciais. O máximo que se pode admitir nas relações interempresariais é que

24 Contrato de franquia (selante de furos em bandagem de pneus). Crescem as reclamações de pequenos e inexperientes investidores que celebram negócios ruinosos e que não conseguem acesso ao Judiciário devido a cláusula compromissória. Embora os elementos dos autos não permitam reconhecer que as queixas retratem a prática de golpe empresarial, o contexto, notadamente o pleito rescisório de grupo de 11 franqueados repetindo a mesmíssima reclamação, além de outro que busca anular sentença arbitral que lhe impôs severa condenação pecuniária, permite adiantar nesse obrigatório exame da confirmação da cláusula de arbitragem, a antevisão de modelo contratual *contra legem* e que ofende a função social do contrato (art. 421, do CC), autorizando a intervenção do Judiciário independente de pronunciamento dos árbitros. Provisório para que a ação prossiga. (AC nº 1121895-77.2015.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, Rel. Enio Zuliani; j. 02/08/2017) (SÃO PAULO, 2017).

25 Processual. Franquia. Resolução contratual. Invocação pela ré na contestação de cláusula compromissória arbitral pactuada pelas partes. Extinção do processo, em virtude disso, sem apreciação do mérito. Questionamento pelo autor da validade da disposição, à luz do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96. Competência do árbitro para decidir acerca da validade e eficácia da convenção arbitral, nos termos do art. 8º, caput, da Lei nº 9.307/96. Regra da *kompetenz-kompetenz*. Contrato de franquia que ademais é de natureza empresarial, sendo altamente discutível a possibilidade de reconhecimento do caráter adesivo para efeito de exigência de pacto destacado quanto à arbitragem. Custos envolvidos na instauração do procedimento arbitral que não justificam em termos genéricos sua recusa. Força vinculante da cláusula compromissória. Precedentes das C. Câmaras Reservadas de Direito Empresarial. Extinção bem decretada. Sentença terminativa confirmada. Apelo do autor não provido. (AC nº 4010691-72.2013.8.26.0576, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, Rel. Fabio Tabosa; j. 28/11/2016) (SÃO PAULO, 2016).

existem situações eventuais de dependência econômica. Quando há um alto grau de dependência econômica, até se admite, em casos excepcionais, como o demonstrado no caso julgado pelo TJSP de relatoria do desembargador Enio Zuliani, o dirigismo contratual, ou seja, a revisão das cláusulas contratuais pelo Poder Judiciário, mas desde que respeitadas as especificidades do Direito Empresarial (CRUZ, 2016a).²⁶

Aliás, regra geral, em um contrato de franquia se pode dizer que a dependência econômica de uma das partes em relação à outra é inerente. Isso porque, para que o contrato possa atingir o seu escopo, ou seja, desempenhar sua finalidade econômica, uma parte deve conseguir impor a outra o seu esquema de negócio. Mas mesmo assim, o grau de dependência é variável, dando-se maior ou menor grau de liberdade à parte em situação de dependência.²⁷

Ainda que se possa considerar que o contrato de franquia em um determinado caso concreto é por adesão e que o grau de dependência econômica é elevado, a intervenção do Poder Judiciário para afastar a cláusula compromissória, independentemente do estágio em que se encontre o procedimento arbitral, além de ferir o princípio da *kompetenz-kompetenz* e atingir o cerne do sistema arbitral, representa uma atuação do Poder Judiciário que estimula o descumprimento dos pactos, potencializa a litigiosidade das partes, gera insegurança jurídica e conseqüentemente desestabiliza o mercado.

André Santa Cruz (2016b) conclui da mesma forma afirmando que:

[...] parece-me, *data venia*, que a decisão da Terceira Turma do STJ de intervir num contrato de franquia, relação tipicamente empresarial, anulando uma cláusula compromissória representa um precedente perigoso. O dirigismo contratual cria risco moral (*moral hazard*) e tende a provocar uma atuação paternalista do julgador, o que gera incentivos ao não cumprimento de acordos e potencializa a litigiosidade das partes contratantes protegidas. Está na hora de repensar esse dirigismo excessivo em áreas nas quais ele se tornou um consenso fácil – relações de consumo e relações de trabalho, por exemplo –, e não estendê-lo às relações empresariais, em que a autonomia da vontade das partes e a força obrigatória das avenças devem ser sempre os princípios norteadores.

A estabilidade das relações negociais e do mercado exige previsibilidade, ideia intrinsecamente ligada com a de segurança jurídica. Esta representa:

[...] o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo o cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes (PINHEIRO, 1998, p. 2-3).

26 Enunciado 21 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: “Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais”.

27 “Tome-se como exemplo o contrato de franquia. Espera-se que o consumidor enxergue todas as lojas integrantes da rede como partícipes de uma única empresa, com identidade de layout, de produtos e serviços oferecidos, etc. O franqueado não pode aparelhar sua loja como bem entender, ou servir o sanduíche que quiser, ou mesmo comprar sua matéria prima do fornecedor que referir: deve adequar-se às regras determinadas pela franqueadora. Se assim não fosse, não se conseguiria o efeito uniformizante e desfazer-se-ia o mote central da franquia” (FORGIONI, 2016b, p. 68).

A falta de segurança jurídica eleva os custos de transação e desestabiliza as relações. Portanto, em um ambiente previsível e seguro, vislumbra-se o equilíbrio necessário para o desenvolvimento econômico. E “um bom judiciário contribui para o crescimento econômico, pois o respeito aos contratos privados reduz custos de transação e estimula os agentes econômicos a aumentar o número e a dispersão geográfica de seus negócios” (PINHEIRO, 1998, p. 4-5).

Enfim, a revisão indiscriminada dos contratos pelo Judiciário normalmente é um incentivo para que as partes se comprometam e depois, simplesmente, descumpram com a obrigação. Isso, na margem, pode produzir uma patologia. A demasiada intervenção do Judiciário nas relações interempresariais pode contribuir para o comportamento oportunista das partes. Se a revisão dos pactos fosse absolutamente criteriosa, isso contribuiria para a construção de uma cultura cooperativa entre os agentes econômicos, o que traria estabilidade e segurança jurídica para as relações negociais e para o mercado. Mercado saudável e estável é pressuposto para o desenvolvimento social e econômico de uma nação.

CONCLUSÃO

O contrato de franquia é nitidamente um contrato empresarial, celebrado entre dois empresários. De regra, os contratos empresariais não são analisados como os contratos civis e de consumo, os quais, em muitas circunstâncias são revisados a partir da argumentação da hipossuficiência ou vulnerabilidade de uma parte, ou até mesmo através de uma interpretação desvirtuada do princípio da função social do contrato, como se este apenas servisse para fazer justiça social.

Para os contratos empresariais sempre se busca uma maior estabilidade às relações entabuladas, o que é necessário para que se possa dar um mínimo de segurança para as relações negociais travadas no âmbito do mercado. Para tanto, a doutrina de Direito Empresarial sempre se esforça no sentido de defender que os pactos empresariais devem ser cumpridos, respeitando-se a liberdade de contratar e a autonomia privada das partes contratantes e contribuindo, assim, para a estabilidade das relações negociais e do mercado, já que só dessa forma se pode estar no trilho do desenvolvimento econômico e social.

A análise realizada permitiu, portanto, as seguintes conclusões, expostas de forma sistemática:

Nem todo o contrato de franquia é um contrato de adesão. Existem franquias em que uma parte tem forte dependência econômica em relação à outra parte, mas também existem franquias com relações paritárias desde o seu nascedouro como ocorre, por exemplo, com o franqueador e o máster franqueado.

Por mais que se possa considerar, após uma análise fática atenta, que um contrato de franquia se classifica como de adesão, para o afastamento da eficácia da cláusula compromissória inserida no contrato necessário seria a análise da questão pelo juízo arbitral, em homenagem ao princípio kompetenz-kompetenz insculpido na própria lei de arbitragem.

A lógica que deve permear a análise dos contratos empresariais é distinta daquela aplicável aos contratos de consumo e dos contratos tidos como existenciais, em que se costuma admitir o dirigismo contratual como forma de reequilibrar a assimetria das partes. Nos contratos empresariais, presume-se uma maior simetria entre as partes, devendo-se primar pela aplicação dos princípios da liberdade contratual, da autonomia privada e da força vinculante dos contratos.

Em casos evidentemente teratológicos, ou seja, excepcionais, é que se poderia admitir a intervenção do Judiciário para a revisão das cláusulas de contratos celebrados, em regra, entre empresários, desde que reconhecida uma flagrante ilegalidade.

A excessiva intervenção do Poder Judiciário nas relações empresariais, além dos demais riscos de uma posição paternalista, frequentemente contribui para o desequilíbrio das relações negociais e do mercado, desestimulando o desenvolvimento econômico.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. A Lei da franquia empresarial (nº 8.955, de 15.12.1994). In: WALD, Arnaldo (org.). **Doutrinas essenciais de direito empresarial**: contratos mercantis e outros temas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antônio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 304-305, abr./jun. 2008.

BIANA, Higor da Silva; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Apontamentos sobre a arbitragem no contrato de franquia. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p. 125-154, mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994**. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (3. Turma). **REsp 1602076/SP**. Recurso especial. Direito civil e processual civil. Contrato de franquia. Contrato de adesão. Arbitragem. Requisito de validade do art. 4º, § 2º, da lei 9.307/96. Descumprimento. Reconhecimento prima facie de cláusula compromissória “patológica”. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 15 de Setembro de 2016. Disponível em: <http://www.portajustica.com.br/acordao/1914758>. Acesso em: 11 jul. 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9307/96. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

COASE, Ronald. The nature of the firm, *Economica*, London, ed. 16, n. 4, p. 386-405, nov. 1937.

COELHO, Eleonora. Os efeitos da convenção de arbitragem: adoção do princípio do Kompetenz-Kompetenz no Brasil. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto;

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 326-338.

- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.
- DI BLASI, Gabriel. A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- FORGIONI, Paula Andrea. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- FORGIONI, Paula Andréa. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- GOMES, Orlando. Contratos. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- IFA - INTERNATIONAL FRANCHISE ASSOCIATION. What Is a franchise?. Disponível em: <http://www.franchise.org/what-is-a-franchise>. Acesso em: 11 ago. 2018.
- INPI - INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Contratos de transferência de tecnologia - mais informações. 2017. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/transferencia/transferencia-de-tecnologia-mais-informacoes>. Acesso em: 12 jul. 2017.
- LEITE, Roberto Cirne Lima. Franchising na criação de novos negócios. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1991.
- LEMES, Selma M. Ferreira. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. 2002. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri32.pdf. Acesso em: 13 jul. 2018.
- LEMES, Selma M. Ferreira. Contratos de adesão e uso da arbitragem. 2005. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo50.pdf>. Acesso em: 13/07/2018.
- NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresa. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.
- PINHEIRO, Armando Castelar. A reforma do judiciário: uma análise econômica. CERES, São Paulo, n. 9, p. 1-16, ago. 1998.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- CRUZ, André Santa. Contratos empresariais e dirigismo contratual. 2016a. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/08/29/contratos-empresariais-e-dirigismo-contratual/>. Acesso em: 12 jul. 2018.
- CRUZ, André Santa. Convenção de arbitragem em contratos empresariais de adesão. 2016b. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/10/07/convencao-de-arbitragem-em-contratos-empresariais-de-adesao/>. Acesso em: 12 jul. 2018.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70071391114. Apelação cível. Direito privado não especificado. Ação declaratória de inexistência de débito. Juízo arbitral. Obrigatoriedade. Apelante: M.L. dos Santos Representações. Apelado: Brazilian Pet Foods Licensee Ltda. Relator: Dr. Giuliano Viero Giuliato, Porto Alegre, 24 de novembro de

2016. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+c%C3%ADvil+n%C2%BA+70071391114&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris. Acesso em 12 jul. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação civil nº 70073254666. Apelação cível. Direito privado não especificado. Contrato de franquia. Ação ordinária. Cláusula de arbitragem. Discussão. Nulidade. Apelante: Andre Ricardo Santin ME. Apelado: Gremio Football Porto Alegre; Meltex Aoy Franchising Ltda. Relator: Des. Bayard Ney de Freitas Barcellos, Porto Alegre, 7 de junho de 2017. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+c%C3%ADvil+n%C2%BA+70073254666&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=Apela%C3%A7%C3%A3o+c%C3%ADvil+n%C2%BA+70071391114&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 12 jul. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação civil nº 70065584138. Apelação cível. Direito privado não especificado. Exceção de incompetência. Contrato de franquia empresarial. Cláusula arbitral. Observância cogente. Ausência de relação de consumo. Incompetência absoluta da justiça estadual comum para dirimir o conflito. Recorrente: Francap – Franchising e expansão de negócios. Recorrido: Flaviano Nunes Gastão e Outros. Relator: Des. Pedro Celso Dal Pra, Porto Alegre, 17 de setembro de 2015. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70065584138%26num_processo%3D70065584138%26codEmenta%3D6476884+Apela%C3%A7%C3%A3o+c%C3%ADvil+n%C2%BA+70065584138++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70065584138&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=17/09/2015&relator=Pedro%20Celso%20Dal%20Pra&aba=juris. Acesso em: 12 jul. 2018.

REDECKER, Ana Cláudia. Franquia empresarial. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

REQUIÃO, Rubens. Contrato de franquia comercial ou de concessão de vendas. In: WALD, Arnoldo (org.). Doutrinas essenciais de direito empresarial: contratos mercantis e outros temas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RIBEIRO, Adir et al. Gestão estratégica do franchising: como construir redes de franquias de sucesso. São Paulo: DVS Editora, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). Direito e economia no Brasil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Acórdão registro: 2016.0000884108. Processual. Franquia. Resolução contratual. Invocação pela ré na contestação de cláusula compromissória arbitral pactuada pelas partes. Extinção do processo, em virtude disso, sem apreciação do mérito. Apelante: Robson Levi Halaginski. Apelada: Supera Instituto de Educação Ltda. Relator: Fabio Tabosa, São Paulo, 28 de novembro de 2016. Disponível em: http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=10025772&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_81df8bbfc

2f94054a4a34cb83d3a274c&vIcAptcha=xrax&novoVICaptcha=. Acesso em 13 jul. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Acórdão registro: 2017.0000563898. Embargos declaratórios para que o Tribunal reveja decisão que não reconheceu primazia de cláusula compromissária em contrato de franquia. Voto que assim deliberou pelo abuso verificado. Manutenção, inclusive pelo que foi decidido no STJ, no Resp. 1602076 SP, DJ de 30.9.2016. Voto condutor não ostenta os vícios do artigo 1.022, I, II e III, do NCPC. Rejeição. Embargante: Xtire Franquias Eireli. Embargado: Leandro Cassio Di Pietro. Relator: Enio Zuliani, São Paulo, 2 de agosto de 2017. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10659426&cdForo=0>. Acesso em: 13 jul. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 2067864-36.2014.8.26.0000. Competência absoluta ação anulatória de circular de oferta de franquia e contrato de franquia cumulada com pedido de indenização existência de cláusula compromissória. Preliminar de incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual deduzida na defesa rejeição em despacho saneador. Contrato de franquia celebrado entre empresários, afastando a incidência da legislação de consumo. Relator: Ricardo Negrão, 25 de Novembro de 2014. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8041187&cdForo=0>. Acesso em: 12 jul. 2018.

SIMIÃO FILHO, Adalberto. Franchising: aspectos jurídicos e contratuais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

TIMM, Luciano Benetti. Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). Direito e economia no Brasil. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VIEGAS, Juliana L. B. Contratos de pesquisa e contratos de franquia. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coord.). Propriedade intelectual: contratos de propriedade industrial e novas tecnologias. São Paulo: Saraiva, 2007.

Como citar: COULON, Fabiano Koff; CANTALI, Fernanda Borghetti. Franquia e arbitragem: breve estudo a partir de emblemática decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 101-124, mar.2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p101. ISSN: 2178- 8189.

Recebido em: 17/09/2018.

Aprovado em: 30/01/2019.

O COMPLIANCE E SEUS REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO

COMPLIANCE AND ITS REFLECTIONS IN BRAZILIAN LAW

Daniel Barile da Silveira*
Carlos Henrique Miranda Jorge*

Como citar: SILVEIRA, Daniel Barile; JORGE, Carlos Henrique Miranda. O compliance e seus reflexos no direito brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 125-143, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p125. ISSN: 2178-8189.

* Doutor em Direito em 2012 pela Universidade de Brasília (UNB)
Mestre em Direito em 2006 pela Universidade pela Universidade de Brasília (UNB)
Graduado em Direito em 2004 pelo Centro Universitário Toledo (UNITOLEDO)
E-mail: danielbarile@hotmail.com

** Mestrando em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR)
Especialista em Direito do Estado em 2011 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)
Graduado em Direito em 2005 pelo Centro Universitário de Votuporanga (UNIFEV)
E-mail: c_hmj@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho visa analisar uma nova ferramenta no combate à corrupção no país, mal que assola e atinge todos os setores da nossa sociedade, com consequências desastrosas em diversos setores como saúde, educação, segurança pública, trazendo uma estagnação política e econômica, além do descrédito da população nas instituições. Dessa forma, inicia-se pelo histórico da ferramenta compliance trazida pela Lei 12.846/13, passando por seus reflexos em alguns ramos do Direito. Posteriormente, passa-se a análise da lei anticorrupção, trazendo os pontos positivos e críticas que advieram com sua promulgação, trazendo uma sucinta analogia com demais leis do ordenamento jurídico, analisando demais inovações junto a ela com o intuito de evitar atos ilícitos na pessoa jurídica, demonstrando a sustentabilidade que tais medidas poderiam trazer ao país caso fossem colocadas em prática, às consequências do seu descumprimento e as respectivas sanções civis e administrativas. Em conclusão, verificamos que o ordenamento jurídico brasileiro já possui diversas leis no combate as condutas ilícitas e práticas de corrupção, trazendo mais eficiência se as instituições responsáveis pelas investigações e o Poder Judiciário fossem melhores estruturados e aparelhados.

Palavras-chave: Compliance. Corrupção. Lei 12.846/13.

Abstract: This paper aims at analyzing a new tool in the fight against corruption in the country, which is bad for all sectors of our society, with disastrous consequences in several sectors such as health, education, public security, bringing political and economic stagnation, besides discredit the population in the institutions. In this way, it begins with the history of the compliance tool brought by Law 12.846 / 13, passing through its reflexes in some branches of Law. Subsequently, the analysis of the anti-corruption law is passed, bringing the positive and

critical points that came with its promulgation, bringing a succinct analogy with other laws of the legal system, analyzing other innovations with it with the intention of avoiding illegal acts in the legal entity , demonstrating the sustainability that such measures could bring to the country if they were put into practice, the consequences of their non-compliance and the respective civil and administrative sanctions. In conclusion, we verified that the Brazilian legal system already has several laws in the fight against illegal practices and practices of corruption, bringing more efficiency if the institutions responsible for investigations and the Judiciary Power were better structured and equipped.

Keywords: Compliance. Corruption. Law 12.846 / 13.

INTRODUÇÃO

A corrupção vem trazendo prejuízos enormes ao Brasil em todos os setores, chegando, fazendo com que Estados permaneçam em extrema dificuldade financeira, com reflexos imediatos nos mais diversos setores das políticas públicas estatais. A eficiência do Estado, por certo, está diretamente associada ao trato para com a corrupção, no contexto de que as políticas de integridade instituídas buscam inevitavelmente que os objetivos estatais se consolidem, enquanto máquina pública executora de atividades, mas que também suas práticas se estruturam por meios lícitos e éticos.

Em meio a uma das maiores crises políticas vividas pelo país, foi promulgada no ano de 2013 a Lei 12.846/13, advinda do Projeto de Lei nº. 6.826/2010 proposto pela Controladoria Geral da União, conhecida popularmente como “lei anticorrupção”, visando trazer novos instrumentos que facilitem o combate aos atos ilícitos que trazem graves danos ao erário. Tratou-se da busca normativa de instituição de uma nova mentalidade em relação a conceitos éticos em meio a negócios públicos, além de trazer a responsabilização de pessoas jurídicas que vierem a causar lesão a Administração Pública.

Entretanto, por mais importante e disruptiva que seja a lei, alguns questionamentos minam sua aplicabilidade prática, fazendo exsurgir do debate público alguns pontos de crítica à lei. Em um primeiro momento, há de se avaliar se a presente lei permite, de fato, à estruturação de uma política estatal de combate efetivo à corrupção, muito mais do que um instrumento simbólico de reverberação de tratados internacionais e de construção de imagem ética do Estado Nacional perante organismos internacionais. Ainda, outra questão importante é de se saber se a Lei 12.846/13 não trouxe dispositivos inconstitucionais, no contexto de se buscar o fim preconizado pelos seus autores a um custo constitucional irrefletido.

De tal forma, o objetivo geral deste artigo é descrever os institutos mais importantes trazidos pela Lei 12.846/13 para o combate aos atos de corrupção praticados por agentes públicos e pessoas jurídicas que tenham relação com a Administração Pública, propiciando a análise crítica e científica do processo.

A partir de um método dedutivo-indutivo, coletado de material bibliográfico pertinente, tal estudo buscará investigar os pontos mais importantes da lei, com uma proposta mais explícita de se buscar superar tais questionamentos no intuito de garantir a eficácia jurídica desejada de tal instrumento legislativo.

Do ponto de vista da estruturação do texto, o presente artigo se divide em duas partes: primeiramente, intenta investigar as origens que propiciaram o desenvolvimento dos institutos trazidos pela lei. Já em um segundo turno, avalia os elementos mais importantes que consolidam este documento jurídico como um importante veículo de combate aos males que atingem a administração pública nos tempos atuais.

1 BREVE HISTÓRICO SOBRE O SURGIMENTO DO COMPLIANCE

Com o avanço cada vez maior da globalização, aumentou-se cada vez mais os riscos dos negócios empresariais, sendo necessária a busca de meios para evitar atos de corrupção e outros que possam trazer prejuízos à sociedade.

Assim, torna-se necessário a empresa ter novo papel diante da sociedade, de maneira que o resultado empresarial isoladamente não representa tão somente o resultado finalístico de uma empresa. O envolvimento de suas atividades com preceitos éticos passou a ser uma nova demanda socialmente exigida, consolidando uma política de governança corporativa como padrão de atuação no mercado.

Dessa forma, surge a necessidade de se implantarem métodos para que as empresas possam agir de maneira cada vez mais transparente e ética nos negócios, assim como para diminuir os casos de corrupção existentes, refletindo de forma positiva na sociedade em sua sustentabilidade. Surge, assim, a figura do “compliance” como forma de garantir uma cooperação mútua no ambiente empresarial, definindo a forma de atuação de seus funcionários, da mesma maneira em como a empresa agirá no mercado que opera. Trata-se de um modelo aplicável a todos os tipos de organização.

Gabardo e Castella (2015, p. 134) assim define o compliance:

O compliance pode e deve ser utilizado, tanto como uma ferramenta de controle, proteção e prevenção de possíveis práticas criminosas nas empresas, como um valioso instrumento de transferência de responsabilidade, evitando ou amenizando a responsabilidade da pessoa jurídica quando do surgimento de alguma patologia corruptiva.

Quanto a origem do termo, os mesmos autores acima trazem dessa forma:

A ideia surgiu por intermédio da legislação norte-americana, com a criação da *Prudential Securities*, em 1950, e com a regulação da *Securities and Exchange Commission* (SEC), de 1960, onde se fez menção à necessidade de institucionalizar os programas de *compliance*, com a finalidade de criar procedimentos internos de controle e monitoramento das operações entre pessoas. Alguns anos depois, precisamente em nove de dezembro de 1977, registrou-se na Europa a Convenção Relativa à Obrigação de Diligência dos Bancos no Marco da Associação de Bancos Suíços, instituindo as bases de um sistema de autorregulação de conduta, vinculando as instituições, cujo descumprimento resultaria na aplicação de sanções como multas e outras penalidades. Ainda, merece destaque o Ato Patriótico dos Estados Unidos, de outubro de 2001, criado logo após os atentados terroristas de 11 de setembro. Em seu artigo 352, foi estabelecido que as entidades financeiras deverão desenvolver políticas e procedimentos de controle interno, com o intuito de proteger-se contra a lavagem de dinheiro (GABARDO; CASTELLA, 2015, p. 134).

A forma como o compliance se implementa no país advém de diversos documentos de órgão internacionais que possuem este ramo de atividade, como Comitê de Supervisão

Bancária da Basileia, o Acordo da Basileia I – 1998, o Acordo da Basileia II, o Fundo Monetário Internacional(FMI), Grupo de Ação Financeira Internacional – GAFI, entre outras referências mais setorializadas, presentes no continente europeu e nos Estados Unidos.

Compliance possui, entre os seus objetivos, organizar documentação e procedimentos, gerenciando de forma adequada os riscos e exaltando a transparência, de alcance amplo e não apenas cumprimento de regras formais ou informais. Está ligado ao conceito de “governança corporativa”, ou seja, de sistemas de organização empresarial, tendo como um dos objetivos diminuir a responsabilidade objetiva da empresa, utilizado para contenção de riscos, com o comprometimento da empresa no cumprimento da legislação em vigor, a partir de procedimentos internos que visam uma maior transparência em seus atos e decisões.

Portanto, cada ramo da atividade estará exposto aos mais diversos riscos normativos e que se fundamentam de modo inerentes à atividade desenvolvida. Com isso, não há que se falar em um modelo considerado como o verdadeiro padrão de programa de cumprimento, que deverá ser construído e analisado a partir de cada caso concreto (ASSIS, 2006, p. 61).

No Brasil, em consonância a este movimento global de organização das empresas para o combate a práticas ilícitas, a Lei 12.846/13 estabelece que o fim por ela visado é de buscar a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira (art. 1º). Nestes moldes, a figura do compliance vem estabelecida em seu art.7º, inciso VII, estabelecendo a necessidade da construção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica. Assim, prever, prevenir, controlar e punir atos corruptivos é sua intenção mais imediata (BRASIL, 2013).

Inegavelmente, o contexto de aplicação do compliance se espiraria por diversas áreas do Direito, impactando o cenário da empresa nestes mais diversos contextos. Importante é se buscar um olhar mais atento a estes campos de atuação.

1.1 O compliance no direito do trabalho

Com o alcance e avanço com que o compliance trouxe a legislação brasileira através da lei anticorrupção, torna-se imprescindível uma análise deste junto a alguns ramos do Direito, no intuito de verificar sua abrangência e relevância. Assim, claramente salutar o estudo da lei anticorrupção junto ao Direito do Trabalho.

Assim, as formas de contratações nas empresas podem reduzir consideravelmente a corrupção, assim como diversas fraudes em instâncias trabalhistas podem ser reduzidas com implantações de métodos eficientes de treinamento e melhoramento na escolha de empregados, mesmo que evidentemente seja impossível detectar em um treinamento todas atitudes que um futuro empregado possa vir a cometer.

Oliveira (2015, p. 9) entende que:

[...] é nesse estágio que a empresa inicia o seu dever legal de cumprir a Lei, pois um processo de contratação bem conduzido e uma política de treinamento bem elaborada podem antever problemas que só depois do dano seriam constatados. Uma política sólida e robusta que inicie no momento das contratações e se estenda pelo decorrer do vínculo – seja empregatício, seja contratual – é de extrema importância para evitar desvios dentro da companhia.

Tais atitudes também fariam com que o §2º do art.20 da Lei 12.846/13 não fossem aplicados as empresas que mantiveram e que sabiam de algum ato que geraria dano no futuro, pois mesmo que tais atos fossem originários de uma empresa terceira, também poderá trazer penalidades também a empresa que tenha sido conivente com as atitudes ilegais.

Outra questão que também passa por comportamentos éticos dentro de uma empresa e pode ser diminuído através de cursos, treinamentos e demais medidas, refere-se às demandas judiciais entre reclamante e reclamado que possuem por única finalidade a obtenção de homologação judicial. Não bastasse, diversas ações dessa seara com pretensões fraudulentas do reclamante junto ao reclamado para que haja proteção de seu patrimônio face a um empregado de confiança que futuramente irá restituir o valor pago de forma integral, evitando que seu patrimônio se dilapide junto aos credores, movimentando todo o aparato judicial para a solução da lide, mas que na realidade está sendo utilizada apenas como forma de formalizar uma fraude, o que traz prejuízos ao patrimônio público.

Entretanto, embora o compliance possa evitar todo o acima mencionado, surgem dúvidas em relação à forma com que o empregado possa denunciar eventuais práticas relacionadas a ilícitos que o empregador realize ou determine que este realize, permanecendo sempre em situação fragilizada diante desse tipo de situação. Neste contexto, um canal de denúncias deverá ser criado pela própria empresa, gerando o questionamento se ele é totalmente confiável, bem como se seu uso será explorado pelo empregado. A efetividade deste modelo chama a atenção e merece, certamente, uma avaliação mais individualizada de seu funcionamento.

1.1.2 Compliantes no direito ambiental

Um dos assuntos que estão em maior evidência atualmente relaciona-se ao meio ambiente. Procura-se cada vez mais manter um equilíbrio entre desenvolvimento sustentável e meio ambiente equilibrado. Certo é que muitas empresas no intuito de obter cada vez mais lucro vem desenfreadamente poluindo e desrespeitando todas as normas atinentes à esfera ambiental, causando desequilíbrio e danos ao meio ambiente, e, conseqüentemente, à sociedade.

Mesma com inúmeras leis penais ambientais, cíveis e administrativas elaboradas no intuito de prevenir danos ambientais, inúmeros são os casos que empresas poluem rios, córregos, desmatam áreas proibidas, causam incêndios propositalmente, entre outras condutas. Com a

elaboração de códigos de conduta, cursos de aperfeiçoamento e uma maior conscientização por parte da empresa busca-se sanar esta prática impiedosa para com o meio ambiente.

Entretanto, a prática do compliance não passa apenas por questões de treinamentos e métodos preventivos, mas também por uma maior conscientização social sobre o meio ambiente e seu legado a gerações futuras. Algumas práticas já vêm sendo adotadas por empresas, como reciclagens e reaproveitamento de alguns materiais, entretanto, não vem sendo suficiente para conter a devastação que está ocorrendo, ocasionando a elevação de temperaturas e alterações de fenômenos naturais.

A pessoa jurídica deve buscar, por meio da implantação de um programa de compliance, a prevenção de riscos por meio da adoção de um programa contínuo que vise a proteção da empresa e seus membros da responsabilização penal ou a redução de responsabilidades através da possível detecção de atos ilegais antes de seu cometimento.

De outro modo, mesmo que muitas empresas apresentem resistência no cumprimento da legislação ambiental por acreditarem que a adoção de medidas preventivas constitui algo custoso que não traz benefícios, a realidade demonstra que tal postura condenará a empresa na parte que lhe é mais cara, ou seja, o consumidor.

Todavia, a grande maioria das empresas tem enxergado oportunidades onde outras visualizam despesas. Porém, críticas surgem em relação aos custos de implementação desses programas, sem que haja uma política de incentivos fiscais, pois muitos são revertidos nos valores dos produtos que a empresa disponibiliza no mercado, trazendo um custo maior ao consumidor final.

1.1.3 Compliance criminal

Como demonstrado anteriormente, o compliance está intimamente ligado a diversos ramos do Direito através de formas preventivas e em questões trabalhistas e ambientais e que trazem consequências não apenas na ordem jurídica, mas também em toda sociedade. Não diferente ocorre no Direito Penal.

Diversamente do trazido pelo Direito Penal, em que o crime é estudado após a ocorrência dos fatos, o compliance criminal visa sua prevenção através de controles internos nos procedimentos e atitudes a serem tomadas que possam evitar responsabilização penal a serem enfrentados pela empresa, tendo a pretensão de combater a atividade ilícita antes que ela seja praticada.

Com a entrada em vigor da Lei nº12.683/12 referente a Lavagem de Dinheiro, também conhecida como “Lei da Empresa Limpa”, as empresas iniciaram um processo maior para fiscalização interna, aumentando os setores a adotarem programas de compliance para que se possa evitar tal prática, trazendo medidas que outros países já estavam adotando, utilizando-o como forma de diminuir eventual sanção penal que possa advir, assim como a responsabilidade objetiva da empresa nos casos de corrupção que as envolvam.

Assim, surgiu a obrigação de as instituições financeiras e as empresas do mercado de

seguros em geral de comunicar quaisquer operações que sejam suspeitas e que possam configurar o crime de lavagem de dinheiro, atentando-se a todas as formas de combater e prevenir o sistema financeiro de atos ilícitos.

Contudo, tais práticas também são recebidas de forma críticas, pois, no dizeres de Saavedra (2016, p. 248):

[...] como se pode ver, o desenvolvimento do Compliance parece implicar em um paradoxo. O objetivo de Compliance é claro: a partir de uma série de controles internos se pretende prevenir a responsabilização penal. A sua concretização, porém, ao invés de diminuir as chances de responsabilização penal, cria as condições para que, dentro da empresa ou instituição financeira, identifique-se uma cadeia de responsabilização penal, pois a forma como os Compliance Officers têm sido constituídos acabam por colocá-los na posição de garante. Com isso, as chances de responsabilização penal aumentam ao invés de diminuir, ou seja, a criação de Compliance Officers, que deveria zelar pela diminuição de riscos compliance acaba, paradoxalmente, por aumentá-los, principalmente, porque os Compliance Officers, por sua vez, segundo doutrina majoritária, devem ser supervisionados diretamente pelo Conselho de Administração (ou órgão similar de gerência da empresa) fato que, obviamente, coloca em risco de persecução penal toda a administração da empresa.

De certa forma o Estado acaba determinando que empresas assumam o ônus de verificação de atividades ilícitas em suas atividades, garantindo assim que caso ocorra alguma prática criminal os bens resultantes dela sejam recuperados com maior facilidade.

O art.10 da Lei 9.613/98 traz os deveres que as pessoas físicas e jurídicas devem ter nos programas instituídos, sendo eles : I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas; III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; IV - deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), na forma e condições por eles estabelecidas; V - deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas (BRASIL, 1998).

Na hipótese de o cliente constituir-se em pessoa jurídica, a identificação referida acima deverá abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, bem como seus proprietários. Por sua vez, os cadastros e registros referidos deverão ser conservados durante o período mínimo de cinco anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, prazo este que poderá

ser ampliado pela autoridade competente.

Surge, assim, neste contexto, um debate sobre quais seriam as consequências em relação ao descumprimento do compliance pela empresa: se seria passível de punição na esfera criminal ou apenas na órbita administrativa. Há posições divergentes a respeito. Inicialmente, há uma corrente que entende que o descumprimento das normas estabelecidas implicaria na incidência dos art.16 e 22 da Lei 9.613/98 que trazem situações em que há operação sem a devida autorização e efetuar operação não autorizada, sendo ambas punidas com pena de reclusão (BRASIL, 1998).

Em contrapartida, outra corrente entende que a lei que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional não tem relação com as práticas de compliance, sendo essa apenas contemplada pela Lei de Lavagem de Capitais, nº 9.613/98, implicando apenas em sanções administrativas.

2 DA LEI ANTICORRUPÇÃO 12.846/13

Conforme dito anteriormente, a lei anticorrupção veio atender compromissos internacionais e reivindicações dos brasileiros diante de diversos escândalos de corrupção que ganharam notoriedade após uma das maiores operações da Polícia Federal no combate a diversos crimes que envolveram políticos, empreiteiras, conhecida como operação “Lava-Jato”, que levou milhões de brasileiros às ruas por uma país mais transparente, ético e pelo fim da corrupção no meio político.

Segundo Ribeiro e Diniz (2015, p. 93) um estudo realizado pela Federação das Indústrias do Estado do Paraná, com base em dados de 1990 a 2008, traz informações sobre os custos de transação decorrentes da corrupção no Brasil:

As perdas econômicas e sociais do Brasil com a corrupção foram estimadas considerando um nível de corrupção percebida no país igual à média de uma cesta de países selecionados. Se o Brasil possuísse um nível de percepção da corrupção igual à média desses países de 7,45, o produto *per capita* do país passaria de US\$ 7.954 a US\$ 9.184, ou seja, um aumento de 15,5% na média do período 1990-2008 (equivalente a 1,36% ao ano). Isto corresponde a um custo médio anual da corrupção estimado em R\$ 41,5 bilhões, correspondendo a 1,38% do PIB (valores de 2008). Se o controle da corrupção fosse ainda mais rigoroso, estima-se que todos os recursos liberados da corrupção para as atividades produtivas (isto é, o custo médio anual da corrupção) chegue a R\$ 69,1 bilhões (valores de 2008), correspondentes a 2,3% do PIB. No entanto, este valor corresponde a um referencial teórico, em que se considera um nível de percepção da corrupção tendendo a zero, condição que não foi observada por nenhum país até então.

Ainda, para que se pudesse garantir uma maior transparência em grandes competições esportivas que o país sediaria, aprovou-se no ano de 2013 o projeto de Lei nº. 6.826/2010 proposto pela Controladoria Geral da União em 18 de fevereiro 2010.

Surgiu então a Lei 12.846/13, com a finalidade de dispor sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, adotando procedimento que não existiam em nenhuma legislação anterior.

O objetivo do anteprojeto de lei foi suprir a lacuna existente para responsabilização de pessoa jurídica pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, especialmente por atos de corrupção e fraudes em licitação e contratos administrativos.

Essas lacunas se referem à ausência de meios específicos para atingir o patrimônio das pessoas jurídicas e obter efetivo ressarcimento dos prejuízos causados por atos que beneficiem a pessoa jurídica, assim como para atender aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate a corrupção, como, por exemplo, o suborno transnacional, que seria a corrupção ativa de funcionário público estrangeiro e de organizações internacionais.

O projeto optou pela responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica, pois o Direito Penal não oferece mecanismos céleres para punir sociedades empresárias. Apesar de haver previsão de responsabilidade administrativa na lei de licitações para hipótese de atos lesivos praticados em licitação, possuía lacunas, sendo elas: a) Condutas mais graves são tratadas apenas na esfera criminal a qual não se aplica a pessoa jurídica que se beneficia da conduta; b) Não geram ressarcimento nem atinge de modo eficaz o patrimônio da pessoa jurídica.

Por sua vez, a lei de improbidade administrativa, lei n. 8.429/92, apenas responsabiliza civilmente o agente público e as pessoas que cometem os atos de improbidade, ainda que de forma conexa. Entretanto, ela não atinge a responsabilização penal da pessoa jurídica, novidade esta, trazida pela lei anticorrupção.

Destarte, surgiram críticas e dúvidas em relação a mais uma lei promulgada, em especial pela sua real efetividade e necessidade, se realmente teria o condão de tentar punir atos de corrupção ou se foi elaborada apenas para atender e diminuir o clamor público em determinado momento que o país estava vivendo o ápice de escândalos de corrupção. O ataque se deu porque há diversos diplomas legais com o mesmo objetivo, estabelecendo, inclusive, normas de conduta de funcionários, em especial na Administração Pública, como por exemplo, a Lei do Funcionalismo Público e contra atos ilegais como Lei da Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Lei da Ficha Limpa, Lei de Responsabilidade Fiscal, Crimes de Responsabilidade, entre outras que compõe, o que ocasionaria a sensação de excesso de lei, mesmo com algumas inovações que surgiram através dela.

Ainda, especificamente em relação a Administração Pública uma das críticas que surge é que o gestor público, no intuito de demonstrar sua probidade, transparência acaba executando atividades cada vez mais formais, burocráticas, o que muitas vezes contribui para a ineficiência no setor. Entende-se, ainda, que seria uma farsa formalizar a relação pública-privada com o discurso de compliance, pois não há boa prática que impede atividade desonesta e também porque há princípios constitucionais estabelecidos no art.37 da Constituição Federal que já norteiam todo o setor público, os quais independem de padrões, procedimentos ou rotinas de compliance (BRASIL, 1988).

Por fim, outra crítica feita é de que a lei em estudo teria caráter elitista, na medida em que confere benefícios apenas em crimes do “colarinho branco”, ou seja, uma legislação elaborada especificamente para quem possui maior poder aquisitivo, diversamente de diversas infrações penais comuns, as quais não fornecessem as mesmas benesses.

Como medidas de inovação do ordenamento jurídico no combate a corrupção o legislador trouxe quatro alternativas que não haviam sido trazidas anteriormente nas demais leis: i. a responsabilização objetiva da pessoa jurídica; ii. o programa de compliance, estabelecido no art.7º, inciso VIII; iii. o acordo de leniência, estabelecido no art.16; e iv. o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (BRASIL, 2013).

Todos estes pontos serão abordados de forma individualizada.

2.2.1 Responsabilidade objetiva

Trazida em seu art.1º, a responsabilidade jurídica é objetiva para as pessoas jurídicas que causam lesividade e danos contra a Administração Pública. Desde que demonstrado o nexo de causalidade, o fato e o resultado que tal conduta tenha ocasionado, ocorrerá a responsabilização da empresa, independentemente de culpa.

No entanto, há entendimento diverso que vislumbram os atos de corrupção serem praticados apenas por pessoas físicas, necessitando do dolo e que as pessoas jurídicas não poderiam responder por tais atos.

Assim menciona Justen Filho (2013, p. 1):

[...] nenhuma pessoa jurídica atua diretamente no mundo. Toda pessoa jurídica se vale de pessoas físicas. As práticas de corrupção são consumadas por meio de condutas de uma ou mais pessoas físicas. Somente se consuma uma das infrações previstas na Lei 12.846/13 quando a conduta da pessoa física for eivada de um elemento subjetivo reprovável. Esse elemento será necessariamente o dolo. Em momento algum a Lei nº. 12.846/2013 instituiu uma espécie de ‘corrupção objetiva’, em que seria bastante e suficiente a ocorrência de eventos materiais. Ocorre que, consumada a infração em virtude da conduta reprovável de um ou mais indivíduos, poderá produzir-se a responsabilização de pessoa jurídica. Essa responsabilização será ‘objetiva’, na acepção de que bastará a existência de um vínculo jurídico com a pessoa física infratora. Configurar-se-á a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica se o indivíduo que cometeu a infração for a ele relacionado, ainda não na qualidade de administrador ou representante. O vínculo exigido compreende os casos de representação formal, mas também abrange aquelas hipóteses em que a pessoa jurídica forneceu elementos ou recursos para a prática da infração. Mais precisamente, é indispensável existir um vínculo que permitisse à pessoa jurídica controlar a conduta do indivíduo infrator, especificamente para adotar as providências necessárias a impedir a prática da infração.

Porém, o artigo terceiro da lei dispõe que “A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa

natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito”. E em seu §2º afirma que os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade, o que demonstra que pessoas físicas também serão responsabilizadas na medida de sua culpabilidade, a par da responsabilização objetiva das pessoas jurídicas (BRASIL, 2013).

Campos (2015, p. 165) se manifesta:

Dessa forma, é possível a seguinte afirmação: enquanto a pessoa jurídica é responsabilizada objetivamente pelos atos ilícitos praticados, os dirigentes e administradores da pessoa jurídica penalizada terão suas condutas analisadas sob o prisma da responsabilidade subjetiva, pois a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de quaisquer pessoas naturais.

Desta forma, visa à lei a responsabilidade de todos os que se envolverem em condutas ilícitas para que se tenha um efetivo combate à corrupção no país.

2.2.2 Acordo de leniência

O acordo de leniência vem disposto no art.16 que diz:

A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte; I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. § 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. § 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. § 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas. § 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. § 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada. § 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento. § 9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei. § 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira (BRASIL,

2013).

A Administração Pública celebra com o administrado um acordo, que tem por objeto substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta, primariamente exigível, por outra secundariamente negociável. Porém, para que o acordo de leniência possa ser celebrado, a pessoa jurídica deve atender a alguns requisitos previstos na legislação, como os previstos no art.16, §1º inciso I, II e III. Assim, como visto, a pessoa jurídica deverá ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito, fará cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo, bem como, terá de admitir sua participação no ilícito e cooperar com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, até seu encerramento.

Importante destacar pontos de maiores relevâncias deste artigo. Críticas surgem a partir do *caput* do artigo, pois se entende que as autoridades legitimadas para celebração de acordos de leniência são as mais investigadas por atos de corrupção, o que poderia comprometer o instituto e trazer descrédito.

Outra alternativa é a regulamentação complementar da LAC pelos Estados, Municípios e Distrito Federal, de modo que cada um destes entes federativos indique órgão correccional e disciplinar próprio, suficientemente autônomo e independente, responsável pela oficialização de pactos de leniência dentro da respectiva estrutura administrativa (PEREIRA, 2016, p. 91).

Em contrapartida, haverá o abrandamento de penalidades impostas a pessoa jurídica que assinar o acordo, entretanto, a obrigação de reparar o dano será mantida. Diferentemente do que dispõe a Lei Antitruste, a primeira a trazer a figura do acordo de leniência, a Lei Anticorrupção não permite que o acordo seja feito junto a pessoas físicas, pois se assim ocorrer, desvirtuaria todo seu sentido e alcance.

Além do trazido anteriormente, questão interessante é sobre a importância da pessoa física ser beneficiária do acordo, pois ela será a responsável pela comunicação dos atos ilícitos que a empresa vem realizando e depois poderá ser processada com as mesmas provas que trouxe para que o acordo de leniência fosse realizado para a pessoa jurídica, sem direito ao acordo que será proposta para aquela.

Neste sentido, manifesta-se Pereira (2016, p. 92 apud RIZZO NETO, 2014, p. 1),

[...] nessa situação, qual o incentivo que os executivos das empresas terão em requerer os benefícios da leniência por atos violadores da Lei Anticorrupção, com benefícios exclusivos à empresa para a qual eles trabalham, sabedores de que na sequência, com as provas fornecidas, eles próprios serão processados criminalmente? A Lei Anticorrupção brasileira acaba de começar a produzir efeitos, mas ao que parece o acordo de leniência nela previsto é natimorto.

Após celebrado o acordo de leniência, caberá a entrega de toda documentação e provas necessárias, como traz o inciso III, do §1º do art. 16 e, ainda, “cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento”. Poderá ser entendido como ato de descumprimento do acordo a recusa em prestar confissões, entregar documentos e outros meios de provas. Tal fato impossibilitaria de a empresa celebrar novo acordo, conforme estabelecido no §8º do artigo 16, bem como a pessoa jurídica teria sua anotação efetivada no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (BRASIL, 2013).

Embora o acordo traga benefícios à pessoa jurídica, por certo, ela não está obrigada a aceitá-lo, não sendo sua recusa ou desistência entendida como reconhecimento de ato ilícito. Pode ocorrer de o acordo não ser satisfatório a ela, ou mesmo aos órgãos de investigação. Assim ocorrendo, toda a documentação é devolvida e não poderá ser utilizada para fins de responsabilização.

Caso ocorra a aceitação, deverá trazer informações relevantes e que colaborem significativamente com a persecução criminal, sob pena de ser rejeitada sua proposta pela autoridade encarregada do acordo.

2.2.3 O Cadastro das pessoas jurídicas

Estabelecido nas disposições finais, o Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas tem a finalidade de tornar públicas as sanções que foram impostas pelo Poder Público as punições que empresas vieram a sofrer em decorrência da prática de atos que atingiram a Administração Pública, juntamente com acordos de leniência, sendo atualizado de forma periódica.

O Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas no âmbito do Poder Executivo Federal é responsável por reunir e dar publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo, os quais deverão informar e manter atualizados no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, os dados relativos às sanções por eles aplicadas, nos termos do disposto nos artigos 87 e 88 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (CAMPOS, 2015).

Através do cadastro haverá a divulgação do nome da empresa envolvida em algum ato ilícito, o que trará consequências negativas a sua reputação e poderá desestimular a prática de tais atos, no intuito de sempre manter a empresa com uma imagem ética para relações empresariais.

O §2º do art.22 traz que deverá conter como informações do cadastro a razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, tipo de sanção e data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso, devendo ser incluída no CNEP referência ao respectivo descumprimento.

Ainda, em seu §5º, dispõe sobre a exclusão do nome da pessoa jurídica após o cumprimento das sanções e acordos de leniência, assim como da reparação de eventual dano causado, através de solicitação ao órgão responsável, prescrevendo em cinco anos as infrações previstas nesta lei, a

partir do momento da ciência de cada infração, não afetando demais infrações previstas nas demais leis correlatas.

3 DAS FORMAS DE RESPONSABILIDADES PELOS ATOS PRATICADOS NA LEI 12.846/13

Para a configuração da responsabilidade civil da pessoa jurídica, necessário se faz a prática de determinados atos estabelecidos no art.5º, atentando contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, princípios da Administração Pública ou compromisso internacionais assumidos pelo Brasil, conforme dispostos da seguinte maneira:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional (BRASIL, 2013).

As sanções que poderão serem aplicadas vêm dispostas no art.19, podendo ser usadas de forma isolada ou cumulativamente, após devido processo legal. Entre as sanções, estão o perdimento de bens, direitos e valores, suspensão ou interdição parcial de suas atividades e a dissolução compulsórias de suas atividades. Contudo, esta última só poderá ser aplicada quando comprovado ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos, e ainda, ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados, conforme estabelecido no §1º, incisos I e II do art.19.

Dispostas no art.6º, a responsabilização administrativa pelos atos lesivos, sendo eles:

Art.6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas

responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores (BRASIL, 2013).

Para que tais sanções sejam aplicadas, também é necessária a ocorrência de um ilícito administrativo, que também já haviam sido previstas na Lei de Improbidade Administrativa e Lei das Licitações Públicas, não constituindo inovação no ordenamento jurídico brasileiro.

A penalidade de multa é aplicada através de valores elevados com a finalidade de inibir qualquer ação da pessoa jurídica na prática de corrupção. Entretanto, surgem críticas quanto aos valores elevados de tais sanções, trazendo como desproporcionais e muitas vezes impossíveis de serem pagas, o que descaracterizaria sua finalidade. Ou ainda, a desproporcionalidade da multa permite que a empresa não possa continuar com suas atividades, exercendo a multa finalidade nitidamente arrecadatória.

A outra penalidade imposta em âmbito administrativo refere-se à publicação extraordinária da decisão condenatória. No §5º traz que ocorrerá na forma de extrato de sentença, às expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

Evidentemente, as sanções serão avaliadas de acordo com o grau de gravidade e envolvimento, grau de lesão, entre outros, ressaltando, ainda, que tais penalidades não colidirão com eventuais penalidades que possam a serem aplicadas em demais leis, como de Improbidade

Administração e Licitações Públicas.

CONCLUSÃO

Nos últimos anos o Brasil vem sofrendo um dos maiores escândalos de corrupção de sua história, recebendo inúmeros protestos com milhares de pessoas nas ruas reivindicando um país mais ético, transparente, com menos casos de corrupção e punição para quem cometeu atos ilícitos;

Assim, foi promulgada a Lei 12.846/13, com o intuito de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, em hipóteses de cometimento, por seus funcionários, de atos definidos como lesivos à Administração Pública, sendo popularmente conhecida por lei anticorrupção;

Através desta lei, surgem a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica e graves consequências em decorrência de ilícitos praticados, surgindo críticas junto a essa responsabilidade, pois a pessoa física é quem comete tais atos utilizando-se da pessoa jurídica;

Traz como mecanismos de consideração de aplicação da pena a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, ou seja, o programa compliance;

Ainda, trazer a relação do programa compliance com demais ramos do Direito e os efeitos que poderá ocorrer na sociedade em decorrência de sua utilização de forma correta e ética, passando por uma grande conscientização social sobre as consequência e danos que a corrupção gera a sociedade;

Na Administração Pública o compliance faz com que o gestor público acabe executando atividades cada vez mais burocráticas, o que afasta a presunção de legalidades dos atos administrativos e já há princípios constitucionais que norteiam o setor público, em especial o Princípio da Supremacia do Interesse Público, independentemente de padrões;

Por fim, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de inúmeras leis que tratam de atos de corrupção e, mesmo assim existindo, não foram suficientes para evitar que fossem praticados, como a Lei de Improbidade Administrativa(8.429/92), Lei da Ação Popular(4.717/65), Lei da Ação Civil Pública(7.347/85), Lei de responsabilidade fiscal(Lc 101/00), Lei da Ficha Limpa(Lc105/00), Crimes de Responsabilidade(1.079/50), Lei de lavagem de dinheiro(9.613/98), Código Penal, além de outras que sem um aparato adequado dos órgãos de investigação e estrutura do Poder Judiciário não foram capazes de impossibilitar diversos casos que atentaram contra a Administração Pública, sendo a Lei 12.846/13 um excesso legislativo que poderia ser facilmente suprido pelas legislações já existentes.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Sérgio Augusto Alves de. **Norma anticorrupção e os programas de compliance no Direito Brasileiro**. 2016. 96 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Marília.

2016. Disponível em: <http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/5965102655B0D22CE4A8F324DCCA66AA.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 jan. 2018.

BRASIL. **Lei 9.613/98, de 03 de março de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 25 jan. 2018.

BRASIL. **Lei 12.846, de 01 de agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm. Acesso em: 28 jan. 2018.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentário à lei nº 12.846/13: lei anticorrupção. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 160-185, 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/80943/92155>. Acesso em: 1 fev. 2018.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública.

Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v. 15, n. 60, p. 129-147, 2015. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2015/08/leianticorrucao-compliance.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. A “nova” lei anticorrupção brasileira (Lei federal 12.846/13). Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=82&artigo=1110&l=pt>. Acesso em: 1 fev. 2018.

OLIVEIRA, André Araújo. A incidência da lei anticorrupção e do compliance no âmbito trabalhista. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, São Paulo, v. 12, n. 12, p. 167-187, 2015. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistasims/index.php/RFD/article/download/6614/5183>. Acesso em: 1 fev. 2018.

PEREIRA, Victor Alexandre El Houry M. Acordo de leniência na lei anticorrupção (lei nº 12.846/2013). **Revista Brasileira de Infraestrutura**, Belo Horizonte, v. 5, n. 9, p. 79-113, 2016. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/03/acordo-leniencia-lei-anticorrucao.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2018.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e lei anticorrupção nas empresas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 52, n. 205, p. 87-105, 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf. Acesso em: 1 fev. 2018.

RIZZO NETO, Eloy. **Acordo de leniência da lei anticorrupção apresenta falhas**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-14/eloy-rizzo-neto-acordo-leniencia-leianticorrucao-apresentafalhas#author>. Acesso em: 1 fev. 2018.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, Porto Alegre, v. 8, n. 15, p. 239-255, 2016. Disponível em: <http://www.faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/arti>

cle/view/375. Acesso em: 1 fev. 2018.

Como citar: SILVEIRA, Daniel Barile; JORGE, Carlos Henrique Miranda. O compliance e seus reflexos no direito brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 1, p. 125-143, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p125. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 17/09/2018.

Aprovado em: 23/02/2019.

A PROPRIEDADE INTELECTUAL SOBRE OS “MEMES” DA INTERNET: PERSPECTIVAS A PARTIR DO DIREITO AUTORAL E DO DIREITO DE MARCA

INTELLECTUAL PROPERTY ON THE INTERNET “MEMES”:
PERSPECTIVES FROM COPYRIGHT AND BRAND LAW

Jordana Siteneski do Amaral*
Salet Oro Boff**

Como citar: AMARAL, Jordana Siteneski; BOFF, Salet Oro. A propriedade intelectual sobre os “memes” da internet: perspectivas a partir do direito autoral e do direito de marca. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 144-163, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p144. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Os memes se transformaram em um fenômeno na internet: são largamente compartilhados, disseminados na cultura digital e no imaginário social. Diante desse contexto, o problema de pesquisa deste trabalho consiste em verificar se existe proteção da propriedade intelectual nos memes da internet. A metodologia faz uso da técnica bibliográfica, dos métodos de abordagem dedutivo e de procedimento monográfico. Tem-se que o meme é uma manifestação da cibercultura e do *remix* e integra o “caldo cultural”, possuindo capacidade de replicação. E, em uma época em que a informação adquire valor com base na sua propagabilidade, a utilização do meme pode gerar lucro a partir de seus usos, que, às vezes, ocorrem de forma indevida, isto é, sem autorização de seus criadores. Diante de casos como esses, viu-se que alguns criadores pleiteiam o registro de marca junto ao INPI. Em dois casos apresentados nesta pesquisa, um deles já conseguiu a proteção pelo direito marcário no INPI. Também foi possível verificar que, além da proteção pelo direito de marca, pode ser pleiteada a aplicação da Lei de Direitos Autorais.

Palavras-chave: Meme. Marca. Direito autoral. Novas tecnologias. Limitações ao Direito de autor.

Abstract: On the Internet, memes have become a phenomenon: they are widely shared, disseminated in digital culture and in the social imaginary. Given this context, the research problem is to verify if there is protection of intellectual property in the memes of the internet? The methodology consists of the use of the bibliographical technique and the method of deductive

*Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional (IMED) Graduada em Direito em 2017 pela Faculdade Meridional (IMED)

** ** Pós-Doutora em Direito em 2008 pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito em 2005 pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito em 2000 pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Público em 1998 pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Graduada em Direito em 1992 pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Email: salete.oro.boff@gmail.com

approach and monographic procedure. One has that the meme is a manifestation of the cyberculture, of the remix and integrates the “cultural broth”, possessing capacity of replication. In an age where information acquires value based on its propagation, the use of the meme can generate profit and unauthorized and / or undue uses. Faced with cases like these, it was seen that some creators claim the registration of trademark with the INPI. Of the two cases presented at the INPI were analyzed, one of them already obtained the protection by the trademark law, and another has a pending decision. It was also possible to verify that besides the protection by the trademark right, the Copyright Law can be applied.

Keywords: Meme. Brand. Copyright. New technologies. Fair use.

INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, é na internet que surgem muitas tendências, comportamentos e práticas que despertam a curiosidade dos pesquisadores do direito. Na rede como um todo, mas particularmente nas redes sociais, os memes se transformaram em um fenômeno: são largamente compartilhados, disseminados na cultura digital e no imaginário social. Diante desse cenário, o presente trabalho tem como objetivo discutir a proteção da propriedade intelectual sobre os memes da internet. Mais precisamente, discute-se a proteção dos memes pelos institutos do Direito Autoral e pelo Direito Marcário.

Em linhas gerais, o meme consiste em uma imagem, uma ilustração, um vídeo, ou um GIF que pode estar acompanhado de palavras e frases, ou não. Para a criação de um meme são utilizadas imagens e conteúdos que estão disponíveis na internet. Esses conteúdos podem estar em domínio público ou protegidos por direitos autorais. Logo, o meme precisa ser analisado sob a ótica da propriedade intelectual.

Em verdade, é possível discutir vários aspectos do meme. A começar pela ótica da autoria, já que nele estão presentes vários elementos: a imagem que é representada; a interpretação; a modificação que ocorre e o texto inserido nele. O meme se propaga de forma extraordinária. Essa condição é essencial para que ele se transforme num meme. Sem a replicação, um meme é apenas uma imagem, uma representação, uma frase solta descontextualizada.

Os memes resultam de um esforço criativo e, em função de sua facilidade de disseminação na internet, surge a preocupação dos criadores e dos administradores de páginas que realizam essas postagens, de verificar se o meme, enquanto criação, pode ser enquadrado em algum instituto da propriedade intelectual. Diante desse questionamento, o problema de pesquisa deste trabalho consiste em verificar se há proteção da propriedade intelectual nos memes da internet? A metodologia faz uso da técnica bibliográfica, dos métodos de abordagem dedutivo e de procedimento monográfico.

O primeiro objetivo é conceituar o meme e contextualizá-lo como um elemento da cultura participativa nas mídias digitais, da cultura da conexão e da cibercultura. O segundo objetivo é analisar se o meme poderia estar sujeito à disciplina do Direito Autoral tal como uma obra criativa, bem como se o seu uso por parte dos usuários, sem fins lucrativos, pode ser enquadrado como uma hipótese de uso justo. Em razão da popularidade e utilização dos memes como recurso publicitário, o terceiro objetivo é discutir o uso comercial dos memes pelas empresas nas redes sociais. Por fim, o quarto objetivo é investigar se o meme pode ser protegido pela propriedade industrial, por meio do direito de marca.

1 MEMES: UMA MANIFESTAÇÃO DA CIBERCULTURA E DA CULTURA PROPAGÁVEL

Henry Jenkins (2009) buscou explicar uma tendência observada na atualidade caracterizada pela convergência tecnológica e midiática. A convergência de mídias refere-se à difusão de

diversos conteúdos pelos diferentes sistemas e suportes de mídias, que depende da participação ativa dos “consumidores” de mídia. Mais do que um fenômeno puramente tecnológico, trata-se de um fenômeno com implicações sociais - uma “cultura da convergência” - uma vez que seus reflexos vão além da convergência de meios.

Explica o autor que na “cultura da convergência” há a ocorrência de três fenômenos: a convergência dos meios de comunicação; a cultura participativa e a inteligência coletiva. Com a cultura participativa, apresenta-se uma outra perspectiva em relação aos meios de comunicação e sobre a noção de passividade da audiência. A ideia consolidada sobre “consumidores e produtores” de mídia, como ocupantes de papéis estratificados, deve ser revista. É necessário considerar os consumidores como participantes que interagem por meio de um novo conjunto de regras, as quais ainda não se conhece perfeitamente (JENKINS, 2009).

Além de *Cultura da Convergência*, Henry Jenkins realizou outro trabalho, em conjunto com Joshua Green e Sam Ford, buscando ultrapassar os aspectos tecnológicos e culturais do fenômeno da convergência e para entender como a informação se reproduz e “viraliza” no ambiente digital¹.

Em *Cultura da Conexão*, os autores propuseram um modelo emergente e híbrido de circulação de bens simbólicos, no qual os valores e significados são criados e medidos a partir da mídia propagável (*spreadable media*). A máxima que sintetiza do argumento da cultura da conexão é: “aquilo que não se propaga, morre” (JENKINS; GREEN; FORD, 2014, p. 23).

A “propagabilidade” diz respeito ao grau de capacidade e de recursos técnicos que um tipo de conteúdo tem para circular em comparação com outros, isto é, o quanto um conteúdo consegue circular de forma virótica. É “o potencial técnico e cultural” dos públicos compartilharem conteúdo por motivos próprios, às vezes com a permissão dos detentores dos direitos, às vezes sem e contra o desejo deles.

A propagabilidade está transformando a forma de criação de valores (inclusive econômicos) e de significado. O material é sempre compartilhado por meio de culturas e de forma mais participativa e desorganizada. É outro modo de ver as mudanças no cenário de mídias, passando da ‘distribuição’ (movimento unidirecional) para a ‘circulação’. O controle de distribuição e produção de conteúdo não é mais planejado nos eixos de produção e recepção. Os recursos técnicos deram margem a novas práticas culturais e compartilhar algo tornou-se muito comum e fácil (JENKINS; GREEN; FORD, 2014, p. 26).

A propagabilidade assume que os conteúdos de massa, na medida em que se propagam, são também alterados e ressignificados. Como mencionam os autores, eles são “reposicionados” quando são transportados para outras comunidades: “quando um conteúdo é propagado, ele é refeito: seja literalmente, ao ser submetido aos vários procedimentos de remixagem e sampleamento, seja figurativamente, por meio de inserção em conversas em andamento e através de diversas plataformas”. O sucesso na criação de um material que as pessoas querem propagar requer uma atenção que reflita sobre os padrões e as motivações da circulação de mídia e ambos devem ser

1 Para saber mais sobre cultura da convergência e direitos autorais, ver: Amaral e Boff (2018b, p. 162).

orientados pelos significados que as pessoas podem conseguir do conteúdo (JENKINS; GREEN; FORD, 2014, p. 54).

As pessoas não circulam material porque alguém pede que o façam, nem todo conteúdo “bom” é, necessariamente, considerado “bom para compartilhamento”. As pessoas compartilham o que valorizam e acreditam que os outros irão valorizar. Elas avaliam os conteúdos com base nos valores que permeiam seu círculo social. Trata-se de algo mais profundo do que simplesmente a “viralização”², pois o compartilhamento reflete motivos sociais que as levam a assim agir (JENKINS; GREEN; FORD, 2014, p. 54).

De acordo com os autores, esses atos de avaliação e circulação refletem-se na cultura participativa. Entretanto, sabe-se que essa participação não é igual para todos: “nem todo mundo tem permissão, nem todos sabem, nem todos são capazes e nem todos têm as mesmas condições” (JENKINS; GREEN; FORD, 2014, p. 54).

A propagabilidade é, em parte, resultado das tecnologias que a possibilitam, como o *download*, o *upload*, a apropriação e o *remix*. A propagabilidade também traz consigo, embates jurídicos, pois existem questões de propriedade intelectual, sobre as quais alguns grupos questionam a lógica do controle rígido da utilização de obras e conteúdo que estão protegidos por direitos autorais e de propriedade industrial (JENKINS; GREEN; FORD, 2014, p. 54). De fato, os produtores de conteúdo não mais conseguem controlar o que acontece com suas criações, quando elas são disponibilizadas e difundidas na rede. O *meme*, ao lado do *remix*, também se inclui na ótica da propagabilidade, da recombinação e mistura de elementos no ambiente digital e da cibercultura.

O *remix* é um conceito construído por Lawrence Lessig (2008) para se referir as criações que acontecem numa comunidade digital, em que os usuários criam conteúdos para eles e para outros membros da comunidade. Refere-se à prática de criar uma obra, a partir da (re)combinação de elementos já existentes em outras obras, com novos elementos. O *remix* é uma “colagem” de combinação elementos da cultura, que consegue criar um novo significado, algo novo. É uma mistura que cria um novo trabalho criativo e pode ser feita na música (como os *mash-ups* e o *sampling*), ou com textos, vídeos, imagens, GIF’s.

Para André Lemos (2005), o *remix* também faz parte dos elementos da cibercultura³. A cibercultura, segundo o autor, possui três “leis”: são elas, respectivamente: 1) Lei da Reconfiguração; 2) Liberação do polo emissor; 3) Conectividade generalizada. Além destas regras, a cibercultura incorpora o *remix*. Os blogs, *podcasts*, sistemas de compartilhamento *peer-to-peer*, códigos de fonte aberta e a arte eletrônica são fenômenos que ocorrem no limiar da cibercultura e abarcam a possibilidade do *remix*.

O termo “meme” foi utilizado pela primeira vez pelo biólogo Richard Dawkins (2007, p.

2 Embora o “viral” e o meme compartilhem algumas características (ambos se propagam no ambiente virtual, aplicam-se aos dois a lógica da difusão e reprodução, bem como a simplicidade na linguagem) existe uma diferença entre eles. O viral tende a ser reproduzido milhares de vezes em sua forma original, enquanto que o meme é constantemente transformado, ressignificado e modificado. Ou nas palavras de Dawkins (2007), ele “evolui”.

3 Para Lemos (2003) a cibercultura refere-se cultura contemporânea que estabelece nova uma relação entre as tecnologias e a formas de sociabilidade. Ela nasce na década de 1970, a partir da fusão entre a as tecnologias de informática, de comunicação e a cultura.

114) em sua obra *O Gene egoísta*, na qual o autor discute o processo de replicação e transmissão da cultura. Com bases evolucionistas darwinianas ele explica que, se na biologia, o DNA é a base replicante mais comum, o caldo da cultura encontra no meme o seu principal replicador. O termo “meme” vem da raiz grega “Mimeme⁴”, mas também pode ser associado à memória. Exemplos de memes seriam melodias, ideias, *slogans*, modas do vestuário, maneiras de fazer potes ou de construir arcos. “É pela imitação que eles podem se replicar”, sendo o *meme*, o “gene” da cultura:

Um “meme de idéia” pode ser definido como uma entidade capaz de ser transmitida de um cérebro para outro. O meme da teoria de Darwin, portanto, é o fundamento essencial da idéia que é compartilhado por todos os cérebros que compreendem-na. As diferenças nas maneiras como as pessoas representam a teoria não são, por definição, parte do meme (DAWKINS, 2007, p. 114).

Existem vários tipos de memes, e eles são constantemente alterados na medida em que se propagam: “Os memes estão sendo transmitidos a você sob forma alterada. Isto é bastante diferente da qualidade particulada, do tipo tudo-ou-nada, da transmissão dos genes. Parece que a transmissão dos memes está sujeita à mutação contínua e também à mistura” (DAWKINS, 2007, p. 115).

O “caldo cultural” é, nestes termos, fruto do replicante, da transmissão cultural:

O novo caldo é o caldo da cultura humana. Precisamos de um nome para o novo replicador, um substantivo que transmita a idéia de uma unidade de transmissão cultural, ou uma unidade de imitação. “Mimeme” provém de uma raiz grega adequada, mas quero um monossílabo que soe um pouco como “gene”. Espero que meus amigos helenistas me perdoem se eu abreviar mimeme para meme. Se servir como consolo, pode-se, alternativamente, pensar que a palavra está relacionada a “memória”, ou à palavra francesa *même* (DAWKINS, 2007, p. 112).

As características que o gene replicante - o meme - precisa reunir é a longevidade, fecundidade, e fidelidade de cópia para sua sobrevivência. A longevidade diz respeito à duração do meme no tempo, isto é, quanto tempo ele permanece ativo na cultura; a fecundidade a sua capacidade de se replicar; e a fidelidade de manter semelhança a cada replicagem (DAWKINS, 2007).

Outro estudo dos memes é de Susan Blackmore (1999). De acordo com a autora, a partir da teoria darwinista as espécies para sua evolução precisavam de três características essenciais: variação, seleção e retenção (ou hereditariedade). Aplicado esta teoria aos memes, a variação corresponde à capacidade do meme de mutação. Uma história nunca é contada exatamente do mesmo modo e essas pequenas variações vão gerando grandes mudanças com o passar do tempo. A seleção corresponde ao fato de que alguns memes chamam mais a atenção do que outros, sendo mais lembrados e compartilhados. A retenção ou hereditariedade, diz respeito ao quanto o meme consegue permanecer no “caldo cultural”, ou seja, quanto tempo ele se mantém

4 Em tradução, seria algo próximo de “imitação”.

conhecido e reconhecido. É comparável à hereditariedade, porque um novo meme tem um pouco de originalidade, mas é produto de variação e recombinação de ideias antigas que permanecem presentes nas ideias atuais (BLACKMORE, 1999, p. 24).

Raquel Recuero (2009, p. 129) realizou um estudo dos memes e construiu classificações com base nas categorias de Susan Blackmore (1999) e Richard Dawkins (2007), concluindo que existem diversos tipos de memes. Este estudo também apontou valores criados e difundidos nas redes sociais na internet, que são associados ao capital social. Alguns desses valores são importantes para a difusão de informações, tais como a autoridade, a popularidade e a influência atribuídos aos “nós” das redes sociais, local em que o meme conquistou um local de destaque. As redes são espaços onde surgem comportamentos emergentes, possuem uma dinâmica própria entre seus atores que podem alterar a estrutura da rede da conexão dos “nós” (RECUERO, 2009, p. 91).

Não obstante, “a presença de memes é relacionada ao capital social, na medida em que a motivação dos usuários para espalhá-las é, direta ou indiretamente, associada a um valor de grupo.” Ao compartilhar esses memes as pessoas pensam estar fazendo algo positivo, que deixará aquele que recebeu a mensagem contente. Logo, há intencionalidade na construção/aprofundamento de um laço social, que é justificado pela necessidade de construção de capital social (RECUERO, 2009, p. 91).

2 OS MEMES E O DIREITO AUTORAL: USO JUSTO OU VIOLAÇÃO?

No dia 20 de junho de 2018, a internet foi palco de um fato curioso: circulou nas redes sociais e em sites de notícias a informação de que a emissora *Rede Globo* teria proibido a utilização de imagens, vídeos e demais produções de serem utilizadas nas redes sociais como memes (GLOBO..., 2018).

O caso ocorreu quando alguns usuários do *Twitter* receberam e-mails da própria rede social, solicitando a remoção de memes que usavam conteúdo da emissora sob alegação de violação de direitos autorais. Outros tiveram suas contas bloqueadas sem qualquer aviso. Frases e imagens conhecidas da internet como “Não sou capaz de opinar”, dita por Glória Pires na Cerimônia do Oscar de 2016, ou a “Nazaré confusa”, replicada inúmeras vezes, foram retiradas do site.

Mas no dia seguinte, a emissora fez um comunicado oficial esclarecendo que não solicitou a remoção do conteúdo, e que não era contra esta forma de interação com o público. O que se seguiu foi que o *Twitter* restituiu os conteúdos e desbloqueou as contas. Por fim, ainda fica o questionamento de quem teria realmente feito esta notificação falsa (QUEM..., 2018).

Se no contexto brasileiro não foi desta vez que os memes foram proibidos, na União Europeia – EU – o cenário para este tipo de manifestação da cibercultura pode estar com os dias contados, em função da nova diretiva de direitos autorais que foi aprovada em 12 de setembro de 2018 (AUTRAN, 2018). O projeto de reformulação da lei de *Copyright* da UE foi duramente criticado por ciberativistas e pela sociedade civil, de maneira que sua primeira votação no parlamento europeu, que ocorreu em 06 de julho de 2018 havia sido rejeitada. Com pequenas

alterações, a proposta somente retornou à pauta em setembro de 2018, sendo que os pontos mais criticados do texto foram mantidos. As novas diretrizes estabelecem que sejam implantadas ferramentas de controle que podem coibir a circulação de materiais que estejam protegidos por *copyright*. Por consequência, os memes, *remixes* e paródias na internet na União Europeia serão também restringidos.

Os pontos mais controversos da proposta se encontram nos artigos 11 e 13. A diretiva de *copyright* prevê no artigo 13 que as empresas *Google*, *Microsoft*, e *Facebook* usem algoritmos para evitar que internautas façam *upload* de conteúdos que possam ter direitos autorais. A situação será semelhante ao que acontece com o *Content ID* do *YouTube*⁵, com a diferença que o algoritmo vai analisar o conteúdo e o bloqueio acontecerá antes mesmo que o *upload* seja feito.

Já pelo artigo 11, empresas como *Google* e *Facebook* deverão pagar para usarem links de outros veículos, assim como deverão pagar para autores, artistas e jornalistas que forem utilizados em suas postagens na internet. A onerosidade pode comprometer o funcionamento dos veículos menores, o que contribuiu para o fortalecimento das grandes empresas. Para os memes, os internautas seriam obrigados a tirar suas próprias fotos ou ter permissão para utilizá-las.

A diretiva dividiu opiniões: de um lado, entidades que representam criadores e artistas defendem que a nova lei traria mais segurança ao uso indevido⁶; e de outro, setores defendem que a lei será muito restritiva e cerceará a liberdade de expressão e a criatividade na rede⁷. Apesar desta ser uma diretiva no contexto europeu, nada impede que, futuramente ela traga reflexos na regulamentação brasileira. Para o momento, no Brasil, ainda há poucas restrições.

Em estudo realizado sobre os *memes* no contexto brasileiro, Chagas (2015) entrevistou administradores de páginas na rede social *Facebook* para coletar informações sobre a criação e relação com os conteúdos originais. Partindo da ideia de que os memes são autorais, no sentido de sua elaboração, o estudo apontou aspectos importantes, dentre os quais se destacam: 1) muitas vezes, os criadores utilizam imagens disponibilizadas livremente em sites da *web* (o que indica que, ou a imagem é de domínio público, ou a sua violação não tem chamado atenção até o momento; 2) algumas páginas já foram retiradas da *web* pelo período de uma semana, assim como materiais postados em seus respectivos canais no *YouTube*, por reivindicações de direitos autorais; 3) alguns admiradores/criadores de memes preocupam-se quando outra página posta seus materiais sem dar crédito, por meio de “páginas clones”, as quais consideram plágio⁸.

Cabe discutir também, se este uso estaria ou não, dentro das limitações de Direitos Autorais, isto é, se ele se enquadraria no uso justo. O sistema *Droit d’auteur* não possui previsão de *fair use*⁹,

5 Para mais informações sobre a ferramenta de verificação de violações de Direito Autoral do YouTube e suas controvérsias, ver Amaral e Boff (2018a).

6 A União Brasileira de Compositores (2018) por exemplo, se manifestou a favor da diretiva.

7 Jimmy Wales, criador da *Wikipedia*, por exemplo. O site da enciclopédia livre chegou a ficar bloqueado por alguns dias antes da apresentação da proposta em países como Espanha e Polônia como ato de protesto (ALECRIM, 2018).

8 As páginas que realizam este tipo de postagem usam com frequência selos e marcas d’água nas imagens para gerar identificação da autoria e procedência daquele meme na internet. Quando uma página ou usuário faz uma postagem de um meme que saiu de uma publicação de terceiros, nestes se torna possível identificar de onde vem a postagem originária, permitindo assim a referência ao autor daquele conteúdo.

9 A doutrina do “*fair use*”, que pode ser traduzida como “uso justo” ou “uso aceitável” existe na lei de *copyright* americana que prevê algumas exceções para a exclusividade da utilização pelo detentor dos direitos autorais de um material protegido pela lei. Ou seja, se houverem objetivos “limitados” e “transformadores”, tais como paródias,

ou *fair dealing*¹⁰, como há nos sistemas *copyright*. Desse modo, a Lei de Direitos Autorais (nº 9.610/1998) depende necessariamente de previsões de exceções e limitações ao direito autoral, as quais estão dispostas no art. 46 e seguintes. São situações em que mesmo que não tenha decorrido o limite temporal do Direito autoral se permite o uso livre da obra, independentemente de consulta ao titular e a consequente remuneração (BITTAR, 2015, p. 92).

Prescreve o art. 46 da LDA que não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução na imprensa de artigo informativo, a reprodução de obra no sistema Braille; a citação de passagens para crítica ou estudo; a reprodução de fonogramas e outras obras para demonstração da clientela em lojas, entre outras situações discriminadas nos incisos. Mas em todas as hipóteses é preciso mencionar o nome do autor, em razão dos direitos morais que lhes são protegidos. Também, são livres as paródias e paráfrases (art. 47), desde que não impliquem em descrédito da obra original (BRASIL, 1998).

De acordo com Denis Borges Barbosa (2005, p. 214), um sistema de restrições ao acesso à informação e à cultura seria aceitável até o ponto em que ele atenda ao objetivo de estimular o desenvolvimento criativo, mantenha aberto outros canais de expressão coletiva e exista equilíbrio entre esses dois interesses. Esse equilíbrio deve ser capaz de evitar o agravamento das dificuldades ao acesso da informação e resguardar a possibilidade de expressão das pessoas.

É preciso haver um equilíbrio entre o interesse do autor e do interesse coletivo. Apesar da Lei de Direitos Autorais brasileira aparentar que os direitos autorais existem somente para tutelar direitos econômicos e a relação entre autor e obra, eles existem para além disso. Em verdade, existe um caráter público intrínseco aos direitos autorais, de forma que as limitações aos direitos autorais vem para atender esta demanda de conciliação de interesses fundamentais que envolvem as obras intelectuais (WACHOWICZ; CRUS E SILVA, 2017).

Outra forma de balancear a proteção do Direito autoral e do interesse público consiste na “regra dos três passos”, prevista na Convenção de Berna e suas revisões e no Acordo TRIPS. Embora a falta de delimitação de significados, a regra dos três passos pode guiar os legisladores e aplicadores do Direito com relação ao “direito de reprodução”. Em casos em que esses três passos estiverem presentes, podem ser detectados casos de limitação de Direito de Autor. Esses passos a serem verificados consistem: 1) aplicação em certos casos especiais; 2) a reprodução não pode prejudicar a exploração normal da obra; 3) a reprodução não causa prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor (WACHOWICZ; CRUS E SILVA, 2017, p. 6).

críticas e comentários, estes podem ser realizados sem a anuência do detentor dos direitos, não configurando violação. O *fair use* americano também alcança as situações de divulgação de conteúdos na imprensa, de cunho jornalístico e

informativo, e também a realização de cópias de obras para serem usadas em sala de aula, com fins educacionais. Na lei americana, ao contrário do *fair dealing* canadense e britânico, oferece uma lista de requisitos que precisam

ser cumpridos para que a ação possa ser enquadrada como uso justo. Estas exceções devem atender quatro requisitos para se encaixarem no uso aceitável: 1) propósito e o caráter do uso; 2) A natureza do trabalho protegido por direitos autorais; 3) O montante do trabalho que será usado em relação a todo o trabalho protegido por direitos autorais; e 4) O efeito que o uso teria no mercado ou o valor do trabalho protegido por direitos autorais. (D’AGOSTINO, 2008, p. 344)

¹⁰ O *fair dealing* é também um instituto que estabelece limitações e usos que não configuram violação de direito autoral, de forma semelhante ao *fair use*, como por exemplo, para crítica ou revisão, estudo ou pesquisa ou reportagens (D’AGOSTINO, 2008, p. 318).

As limitações de Direito de Autor devem ser consideradas, primeiramente, à luz da Convenção de Berna de 1886, cujas regras ainda hoje servem de base para todas as exceções de propriedade intelectual:

Com o objetivo de que a aplicação da LDA não infrinja os direitos dos titulares de direitos autorais decorrentes dos tratados internacionais, preservando-se, pois, o equilíbrio sistêmico que visa ao estabelecimento de um regime que proteja, de um lado, os interesses materiais e morais dos titulares dos direitos autorais (com vistas a fomentar a produção intelectual e científica) e, do outro, os interesses do público de acesso a obras protegidas, o operador/intérprete do Direito deve, em conformidade com a Doutrina da interpretação Consistente, interpretar, observar e aplicar os dispositivos da LDA e da Constituição Federal, em consonância com o estabelecido nos tratados internacionais (BASSO, 2007, p. 497).

A regra dos três passos também foi incorporada no artigo 46, VIII, da LDA¹¹, ainda que de forma implícita (BASSO, 2007) e pode ser considerada uma tentativa de realizar o “*fair use*” (uso justo) no âmbito das legislações signatárias da Convenção de Berna na sua revisão em 1971. A sua previsão no artigo 9º postula que os países são livres para legislarem a sobre a permissão de reprodução das obras independente de autorização em certos casos. Logo, todo “uso livre de obra protegida” precisa atender aos três requisitos condicionantes da regra (ABRÃO, 2017, p. 170).

Na LDA predominam os dispositivos de proteção do autor, os quais contam com poucas e restritas exceções, quase todas elencadas nos incisos do art. 46. Mas ela não prevê especificidades relativas ao mundo digital, o que pode gerar conflitos na hora do intérprete aplicar esses dispositivos nesses casos, em razão do caráter genérico da lei. Logo, a aplicação iria no sentido de que qualquer reprodução, edição ou distribuição da obra dependem da autorização expressa do autor, desconsiderando-se que tal dispositivo não está adaptado a realidade virtual (REIS; TOLOTTI, 2009, p. 214).

Isso levaria a uma aplicação absoluta e bastante restritiva da lei para manter os interesses do autor. Mas na prática, este procedimento não é aplicável, pois levaria ao retrocesso do desenvolvimento tecnológico, o que não é desejável nem mesmo possível:

Em virtude de tais conflitos cria-se a ideia de que seria necessário modificar a lei de tal forma que passasse a regular da forma mais satisfatória possível as situações em questão, esquecendo-se de que a cada momento, poderão surgir novos conflitos, que ensejarão novos questionamentos quanto à validade da lei existente. (REIS; TOLOTTI, 2009. p.214).

A crítica que se faz é a de que as limitações trazidas pela LDA já eram insuficientes e restritivas antes da evolução tecnológica, da popularização da internet e do surgimento das

11 VIII - A reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores (BRASIL, 1998).

mídias digitais interativas. Portanto, a interpretação da legislação autoral deve considerar este novo contexto digital, com a ampliação das possibilidades de citação e utilização que não causam prejuízos ao autor (uso justo).

3 O USO COMERCIAL DOS MEMES

Em geral, o meme nas páginas de redes sociais não almeja alcançar o lucro, e sim o humor. Entretanto, atentado para as observações de Jenkins, Ford e Green (2014), sobre criação de valores e significados por meio de conteúdo propagável, o uso de memes ou virais¹² passou a ser incorporado a rotina de publicidade e *socialmedia* na internet.

Por exemplo, em 2015, o cantor Chico Buarque ingressou com uma ação no TJ-RJ contra um Shopping Center no Estado do Piauí, porque um meme seu havia sido utilizado pela página do estabelecimento em uma rede social para fazer publicidade. As imagens usadas tratam-se das icônicas fotografias do cantor, com semblante sério e sorrindo, publicadas no primeiro álbum do cantor. O pleito foi ingressado por que o cantor não autorizou a reprodução das imagens para fins comerciais (ROMERO, 2015). As atrizes Marjorie Estiano e Drica Moraes também tiveram imagens utilizadas para realizar publicidade nas mídias sociais do mesmo Shopping.

Figura 1 - Memes utilizados na publicidade nas redes sociais do Teresina Shopping.



Fonte: Romero (2015).

Como não se pode prever o que pode se transformar meme na internet, todas as criações são memes em potencial. Desse modo, quando utilizados na publicidade os memes podem gerar rentabilidade. Neste contexto, muitos criadores de memes passaram a buscar o registro oficial de suas criações. É o caso da filósofa Francine Grando, da cidade de Passo Fundo (RS). A partir de um estudo acadêmico ela conheceu o trabalho da bióloga e artista norte-americana Ellie Brosh que, em seu blog “Hyperbole and a Half”, faz personagens desenhados de forma rústica, cujas histórias

12 Virais são conteúdos disponibilizados na internet que alcançam altos índices de compartilhamento e repercussão, muitas vezes de forma inesperada.

discutem a infância da artista e o enfrentamento de uma severa depressão (MARZOCHI, 2018).

Francine Grando entrou em contato com a artista e obteve sua autorização para utilizar uns dos personagens em uma série de tirinhas. Nascia assim o embrião do meme “O que queremos?”, que alcançou seu auge entre os anos de 2013 e 2014, e que conta hoje com 524 mil fãs em sua página no *Facebook* (MARZOCHI, 2018). Em decorrência desse registro, o meme de Francine Grando foi utilizado em campanhas online dos Ministérios da Saúde, da Educação, Canais Globosat, *Nextel*, *Red Bull*, *Chevrolet* e Grupo Zaffari. Em seu auge, a tirinha chegou a faturar nada menos que R\$ 200 mil em um único mês (MARZOCHI, 2018).

Entretanto, com a facilidade propagação e edição que existe na atualidade, o meme de Francine Grando começou a ser utilizado sem que houvesse sua autorização, inclusive em campanhas publicitárias de mau gosto, que promoviam ideias pejorativas das mulheres, algo que ela não queria que fosse associado ao meme (MARZOCHI, 2018).

Para coibir esse uso “indevido”, ela ingressou com pedido de registro de marca em 2012 no Brasil, no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), já com uma reestilização de seu personagem¹³. A proteção da marca está inserida na propriedade industrial (Lei 9.279/96, artigos 94, 95, 96, 122, 123) (MARZOCHI, 2018).

André Luiz Crevilaro Camargo, de Foz do Iguaçu (PR), de forma semelhante, foi buscar a proteção por meio do registro de marca do seu meme “Dinofauro”, um dinossauro azul que é fanho. Depois de fazer postagens divertidas no *Facebook*, em meados de 2015, a popularidade da página do dinossauro cresceu de forma gigantesca. Mas quando percebeu, seu meme estava sendo utilizado por uma empresa que vende escapamentos de veículos, dizendo que seus produtos eram aprovados até pelo Dinofauro (MARZOCHI, 2018).

Em 2016, o autor do meme original, deu entrada no registro de marca no INPI. Mas, em decorrência de erros na forma de preencher os documentos, o registro não foi efetuado. Um novo pedido foi formalizado, em maio de 2018¹⁴, que encontra-se em fase de análise pelo INPI (MARZOCHI, 2018).

De qualquer forma, mesmo com o registro em tramitação, o autor consegue faturar. Por exemplo, em uma campanha para o *Google*, o meme Dinofauro faturou R\$ 11 mil reais. A empresa de telefonia *Vivo* também buscou inspiração nessa fonte, em um comercial com a participação de Ivete Sangalo, contracenando com o boneco. Outra empresa que já utilizou o meme foi marca de cosméticos *Mary Kay* (MARZOCHI, 2018). O meme se expandiu e virou também um negócio. Além da página na rede social e das campanhas autorizadas, o meme estampa produtos oficiais da marca “Dinofauro”, como almofadas, canecas e adesivos vendidos em um *e-commerce*.

Nos EUA a reivindicação de autoria pelo uso de memes sem referência ou qualquer tipo de menção de créditos também possui precedentes. Os criadores de dois dos mais conhecidos

13 O processo tramita no INPI sob o número 905615719, foi ajuizado em 30/11/2012. A apresentação da marca é categoria “mista”, natureza “serviço”. Na data consulta e-marcas do INPI (14 de agosto de 2018) seu status era “Registro de marca em vigor”, possuindo validade até 10/11/2025.

14 O processo tramita no INPI sob o número 914644270. A natureza da marca é mista, a apresentação é de produto, e até data da consulta (14 de agosto de 2018) seu status era “aguardando análise do mérito”.

memes da Internet, Charles Schmidt, do *Keyboard Cat*, e Christopher Torres, do *Nyan Cat*, abriram um processo no contra os estúdios *Warner Bros* e *5th Cell Media*, desenvolvedores do jogo *Scribblenauts Unlimited*, por uso indevido das imagens. Segundo Torres e Schmidt, os memes apareceram em diversas versões e em material de divulgação do *game* sem a autorização deles (SCHMIDT; TORRE, 2013).

No Chile, houve o caso de uma franquia de pizzarias chamada “Domino’s Pizza”, que teve um problema relacionado à utilização de memes e direitos autorais no começo de 2018. Uma das unidades da franquia postou uma ilustração em suas redes sociais que guardava muitas semelhanças com a ilustração de uma artista malasiana chamada Weinye Chen, postada em seu perfil no *Instagram* em setembro de 2017. O caso chegou até a artista com a ajuda de internautas, que fez uma reivindicação da ilustração. A franquia fez então um acordo de compensação com a artista pelo uso da imagem (HILL, 2018).

4 A PROTEÇÃO PELO DIREITO MARCÁRIO

Considerando que os criadores de memes têm buscado a proteção de suas criações por meio do direito de marca, este tópico tem como objetivo analisar o conceito e a forma como acontece a proteção via propriedade industrial.

A propriedade intelectual, como se sabe, divide-se entre dois ramos: a Propriedade Industrial e os Direitos Autorais. Ambas buscam conferir proteção jurídica as criações fruto do intelecto humano. Mas, enquanto que o Direito Autoral protege as obras intelectuais artísticas, estéticas, literárias e científicas, a propriedade industrial cuida da tutela das criações como patentes, modelo de utilidade, desenho industrial, indicações geográficas e marcas (BOFF; 2017, p. 20).

Ao contrário do Direito Autoral, que prescinde do registro formal para que se tenha proteção por este instituto jurídico e direito de exclusividade, para a propriedade industrial o registro é indispensável para que se garanta a proteção. A exclusividade de exploração do designer da invenção, do modelo de desenho ou patente e do empresário de exploração da marca é condicionado ao ato administrativo pelo qual o criador é reconhecido como detentor deste direito. No Brasil, o órgão competente para requerer o registro é o Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI) (BOFF; BOFF, 2017, p. 38).

Outra diferença entre estes dois ramos da propriedade intelectual é em relação a natureza do registro do objeto ou da obra: no direito industrial ele é constitutivo, enquanto que no Direito Autoral ele se destina a prova da anterioridade. Isto significa que, quem titulariza a patente ou marca, por exemplo, pode não ser o primeiro a inventar ou utilizá-la, mas sim que foi o primeiro a obter o registro (BOFF; BOFF, 2017, p. 38).

De acordo com INPI (2013): “Marca é um sinal visualmente perceptível capaz de distinguir os produtos ou serviços de uma empresa, principalmente, em relação a outros concorrentes.” O conceito de marca abrange como marcas quaisquer palavras, expressões ou letras com caráter distintivo, números, desenhos, imagens, formas, cores, logomarcas, rótulos ou combinações que

podem ser usadas para identificar os produtos ou serviços de uma empresa.

No Brasil (ao contrário de países como Alemanha e França) os sinais sonoros, ainda que exclusivos e distintivos não são passíveis de proteção, assim como a marca olfativa, gosto ou tato que revestem os produtos ou serviços. Apenas os sinais visualmente perceptíveis podem ser registrados como marca no INPI (COELHO, 2017, p. 174).

A matéria encontra-se disciplinada na Lei de Propriedade Industrial (nº 9.279/1996):

Art. 123. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa;

II - marca de certificação: aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada; e

III - marca coletiva: aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade (BRASIL, 1996).

Já no artigo 124¹⁵ da Lei, encontra-se um rol de sinais e objetos que não são registráveis como marca. O registro da marca deve ser requerido no INPI, onde tramitará e será analisado.

Com o registro concedido, o titular da marca poderá exercer direitos como ceder seu

15 Art. 124. Não são registráveis como marca:

I - brasão, armas, medalha, bandeira, emblema, distintivo e monumento oficiais, públicos, nacionais, estrangeiros ou internacionais, bem como a respectiva designação, figura ou imitação;

II - letra, algarismo e data, isoladamente, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva;

III - expressão, figura, desenho ou qualquer outro sinal contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou idéia e sentimento dignos de respeito e veneração;

IV - designação ou sigla de entidade ou órgão público, quando não requerido o registro pela própria entidade ou órgão público;

V - reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos;

VI - sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva;

VII - sinal ou expressão empregada apenas como meio de propaganda;

VIII - cores e suas denominações, salvo se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo;

IX - indicação geográfica, sua imitação suscetível de causar confusão ou sinal que possa falsamente induzir indicação geográfica;

X - sinal que induza a falsa indicação quanto à origem, procedência, natureza, qualidade ou utilidade do produto ou serviço a que a marca se destina;

XI - reprodução ou imitação de cunho oficial, regularmente adotada para garantia de padrão de qualquer gênero ou natureza;

XII - reprodução ou imitação de sinal que tenha sido registrado como marca coletiva ou de certificação por terceiro, observado o disposto no art. 154;

XIII - nome, prêmio ou símbolo de evento esportivo, artístico, cultural, social, político, econômico ou técnico, oficial ou oficialmente reconhecido, bem como a imitação suscetível de criar confusão, salvo quando autorizados pela autoridade competente ou entidade promotora do evento;

XIV - reprodução ou imitação de título, apólice, moeda e cédula da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios, ou de país;

XV - nome civil ou sua assinatura, nome de família ou patronímico e imagem de terceiros, salvo com consentimento

do titular, herdeiros ou sucessores;

XVI - pseudônimo ou apelido notoriamente conhecidos, nome artístico singular ou coletivo, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores;

XVII - obra literária, artística ou científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação, salvo com consentimento do autor ou titular;

XVIII - termo técnico usado na indústria, na ciência e na arte, que tenha relação com o produto ou serviço a distinguir;

XIX - reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para

registro ou pedido, licenciar seu uso e zelar pela sua integridade, conforme dispõe o artigo 130 da Lei de Propriedade Industrial. As limitações a esses direitos se encontram no art. 132, em que o titular da marca não poderá:

- I - impedir que comerciantes ou distribuidores utilizem sinais distintivos que lhes são próprios, juntamente com a marca do produto, na sua promoção e comercialização;
- II - impedir que fabricantes de acessórios utilizem a marca para indicar a destinação do produto, desde que obedecidas as práticas leais de concorrência;
- III - impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 68; e
- IV - impedir a citação da marca em discurso, obra científica ou literária ou qualquer outra publicação, desde que sem conotação comercial e sem prejuízo para seu caráter distintivo (BRASIL, 1996).

A proteção conferida pelo registro tem validade de 10 anos, contados da data da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos (art.133, Lei nº 9.279/1996)

As marcas podem ser nominativas, figurativas ou mistas. No primeiro grupo estão as marcas compostas apenas por palavras, que não tem um a forma particular de fontes ou letras (Por exemplo, *Revista Empresarial*). No segundo estão os logotipos, como a maçã mordida da *Apple*, por exemplo. Por último, estão as logomarcas, palavras que são escritas com letras particulares e individuais, como por exemplo, *Coca-Cola*. Todas elas possuem igual proteção. Existe também, a proteção a marca tridimensional, que diz respeito aos objetos, como por exemplo a garrafa da *Coca-Cola* (COELHO, 2017, p. 172).

Quanto a sua finalidade, as marcas são divididas em marcas de produto ou serviço, marcas coletivas e marcas de certificação. As marcas de produto ou serviço as usadas para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou a fim (COPETTI, 2006, p. 208).

As marcas coletivas são usadas para identificar produtos ou serviços oriundos de um conjunto de membros, de uma determinada entidade, como uma cooperativa ou um sindicato. As marcas de certificação são usadas para atestar conformidade de um produto um serviço a normas ou características específicas (BARBOSA, 2010, p. 779).

As marcas estão sujeitas aos princípios da especialidade e da territorialidade. Pelo princípio da especialidade, se concede ao titular o uso exclusivo em sua atividade precípua. A proteção da

distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia;

XX - dualidade de marcas de um só titular para o mesmo produto ou serviço, salvo quando, no caso de marcas de mesma natureza, se revestirem de suficiente forma distintiva;

XXI - a forma necessária, comum ou vulgar do produto ou de acondicionamento, ou, ainda, aquela que não possa ser dissociada de efeito técnico;

XXII - objeto que estiver protegido por registro de desenho industrial de terceiro; e

XXIII - sinal que imite ou reproduza, no todo ou em parte, marca que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade, cujo titular seja sediado ou domiciliado em território nacional ou em país com o qual o Brasil mantenha acordo ou que assegure reciprocidade de tratamento, se a marca se destinar a distinguir produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com aquela marca alheia (BRASIL, 1996).

marca é aplicada aos produtos e serviços correspondentes a atividade do titular, visando diferenciá-los de outros idênticos ou similares de origem diversa¹⁶ (COPETTI, 2006, p. 206).

Pelo princípio da territorialidade, expresso no art. 129 da LPI, a proteção conferida pela marca não extrapola os limites territoriais do país, sendo reconhecida somente neste espaço físico. Exceto se tratar de marca notoriamente conhecida, conforme dispõe art. 6º da Convenção da União de Paris (CUP) (COPETTI, 2006, p. 206).

O objetivo da marca é ajudar o público ou consumidor a identificar e distinguir os produtos e serviços idênticos ou semelhantes de origem diversa. Sua função primária é a de proteger os interesses do titular. Mas também, assim como o objetivo da propriedade intelectual é estimular o desenvolvimento das criações, o direito de marca possui um importante papel no desenvolvimento econômico, com reflexos no desenvolvimento cultural, social e político (COPETTI, 2006, p. 212).

Entre as proibições de proteção da marca estão títulos que estejam protegidos por Direito Autoral, como as obras artísticas, literárias ou científicas, ou que sejam sucessíveis de causar confusão ou associação, salvo com consentimento do autor (COPETTI, 2006, p. 212). É possível haver a soma da proteção pela propriedade industrial (no caso em específico, o direito de marca) e pelo direito de autor sobre um determinado produto ou serviço. Corroborando com que já foi mencionado e com os pedidos protocolados no INPI, explica Copetti (2006, p. 213) que esta soma da proteção é possível, desde que não ocorra conflito entre esses institutos: “Portanto é necessário entender que a proteção ao direito autoral pode-se somar à do direito de propriedade industrial, mas estas não podem conflitar, pois pela lógica se repele a coexistência de duas exclusividades excludentes sobre o mesmo objeto.”.

Como referido no item anterior, tem-se o exemplo de um caso de meme protegido pelo Direito de Marca no Brasil - o caso de Francine Grando, do meme “O que queremos?” - e um outro que se encontra em análise no INPI, - Dinofauro - provando que, é possível conseguir a proteção do da propriedade industrial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em meio ao contexto atual, voltado para o desenvolvimento de uma cultura mais participativa, bem como para uma cultura marcada pela propagabilidade dos bens simbólicos, da cultura do *remix*, da bricolagem e da cibercultura, parece necessário reconhecer que o meme é uma manifestação desses fenômenos, extremante popular na internet. Ainda, como foi possível verificar, o meme tornou-se um importante elemento nas redes sociais para a interação dos atores nos “nós” das redes, bem como para construção de laços e de capital social nas mesmas.

No campo do Direito Autoral, há uma preocupação tanto por parte de quem posta/produz o meme, uma vez que legislações e políticas muito rígidas de direitos autorais podem coibir sua

¹⁶ Há claro, uma exceção a este princípio, que é o caso da marca de alto renome, aplicada aos casos de marcas que adquiriram fama excepcional, garantindo assim, proteção especial para todos os ramos de atividade. Neste caso, a proteção é validade para todos os segmentos além daquele originalmente (COPETTI, 2006, p. 206). Isso significa que, por exemplo, não é possível usar a marca “Dior” como marca de produtos de limpeza para o lar.

circulação, bem como por parte de usuários que utilizam o meme sem dar créditos ao sujeito que o criou ou a página que fez a publicação originária.

A recente aprovação da diretiva de direitos autorais da União Europeia reitera a necessidade de observar os limites e alcances da proteção da propriedade intelectual para que não se corra o risco de passar por um recrudescimento das legislações a ponto que ela gere um “efeito rebote” nas criações do intelecto humano: ou seja, que ela se torne um entrave para o desenvolvimento ao invés de promovê-lo e incentivá-lo.

Em tempos em que a informação adquire valor com base na sua propagabilidade (e aqui, abrangendo a ideia de valor monetário e não apenas o acúmulo de capital social) o meme gera lucro, quando utilizado em campanhas publicitárias e estampando produtos. Diante do possível uso indevido ou sem autorização dos memes, viu-se que alguns criadores pleitearam o registro de marca junto ao INPI.

A marca é caracterizada por ser um sinal distintivo, que visa tornar possível a identificação de um produto ou serviço determinado em meio a outros. Dos dois casos apresentados, um deles já conseguiu o registro, de maneira que a proteção pelo direito marcário demonstrou ser uma saída. Também foi possível verificar que, além da proteção pela propriedade industrial, especificamente, o Direito de Marca, pode ser aplicada a Lei de Direitos Autorais.

Uma saída dentro deste cenário, seria enquadrar o meme compartilhado/produzido sem fins lucrativos, ou seja, sem ter finalidade comercial ou publicitária pelo Direito Autoral. Aplicando a “regra dos três passos”, identificando as hipóteses de uso justo, sem que se configure limitação à liberdade de expressão e criação na internet. Outrossim, ao estar diante de um uso comercial ou publicitário, o meme poderia ser compreendido como um produto ou serviço, sujeito à proteção de direito de marca.

A temática é bastante complexa e nova, o que demonstra a necessidade de maior aprofundamento de pesquisas neste campo, uma vez que o trabalho apenas esboçou essas questões. Tais constatações levam à necessidade de balancear os interesses coletivos e privados, sem limitar a criação. Em aspectos como o que este trabalho abordou, tem-se claro que é necessário que a legislação acompanhe o avanço tecnológico das mídias digitais e interativas.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. **Comentários à lei de direitos autorais e conexos**: Lei 9610/98 com as alterações da lei 12.853/2013 e jurisprudência dos Tribunais Superiores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ALECRIM, Emerson. **O polêmico projeto europeu de direitos autorais que pode censurar a web**. Disponível em: <https://tecnoblog.net/248010/projetos-copyright-uniao-europeia/>. Acesso em: 15 ago. 2018.

AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salete Oro. A falibilidade do algoritmo *Content Id* na identificação de violações de direito autoral nos *vlogs* do *YouTube*: embates sobre liberdade de expressão na cultura participativa. **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e**

Concorrência, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 43-62, jul./dez. 2018a. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/revistadipic/article/view/4679/pdf>. Acesso em: 21 fev. 2019.

AMARAL, Jordana Siteneski; Salette Oro Boff. **Uma obra e vários autores: o direito autoral e as fan-fictionals** na cultura da convergência. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, p. 162, 2018b. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/29964/23354>. Acesso em: 23 set. 2018.

AUTRAN, Felipe. **União Europeia aprova polêmica lei de direitos autorais que ameaça a web**. 2018. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/internet/134184-uniao-europeia-aprova-polemica-lei-direitos-autorais-ameaca-web.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

BARBOSA, Denis Borges. **Direito autoral e liberdade de expressão: estudos de direito**. 2005. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/geiger.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2018.

BARBOSA, Denis Borges. **Introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BASSO, Maristela. As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do teste dos três passos (three-step-test). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 493-503, jan./dez. 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BLACKMORE, Susan. **The meme machine**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

BOFF, Salette Oro. Acordos e tratados internacionais sobre propriedade intelectual. *In*: BOFF, Salette Oro *et al.* (org.). **Propriedade intelectual: marcos regulatórios**. Erechim, RS: Deviant, 2017. v. 1, p. 11-30.

BOFF, Salette Oro; BOFF, Vilmar A. Patente: privilégio temporário do inventor. *In*: BOFF, Salette Oro *et al.* (org.). **Propriedade intelectual: marcos regulatórios**. Erechim, RS: Deviant, 2017. v. 1, p. 31-46.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9279.htm. Acesso em: 26 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 26 jan. 2018.

CHAGAS, Viktor. Entre criadores e criaturas: uma análise sobre a relação entre memes de internet e propriedade intelectual. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 38., Rio de Janeiro. **Anais [...]**. Rio de Janeiro, RJ: Intercom, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 21. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1.

COPETTI, Michele. Registro de marcas: propulsor para o desenvolvimento? *In*: BARRAL,

- Welber; PIMENTEL, Luís Otávio (org.). **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 203-231.
- D’AGOSTINO, Giuseppina. **Healing fair dealing?** A comparative copyright analysis of canada’s fair dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use. 2008. Disponível em: <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/7046615-dAgostino.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2018.
- DAWKINS, Richard. **O gene egoísta**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- GLOBO proíbe memes de seus programas nas redes sociais. *Catraca Livre*, 21 jun. 2018. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/entretenimento/globo-proibe-memes-de-seus-programas-nas-redes-sociais/>. Acesso em 14 de agosto de 2018.
- HILL, Flávia. Domino’s, acusação de plágio e uma aula de como não agir. **Exame**, 11 mar. 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/marketing/dominos-acusacao-de-plagio-e-uma-aula-de-como-nao-agir/>. Acesso em: 15 ago. 2018.
- INPI - INSTITUTO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **A criação de uma marca: uma introdução às marcas de produtos e serviços para as pequenas e médias empresas**. Rio de Janeiro: INPI, 2013.
- JENKINS, Henry. **Cultura da Convergência**. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2009.
- JENKINS, Henry; FORD, Sam; GREEN Joshua. **Cultura da conexão: criando valor e significado através da mídia propagável**. São Paulo, Aleph, 2014.
- LEMOS, André. Cibercultura: alguns pontos para compreender a nossa época. *In*: LEMOS, André; CUNHA, Paulo (org.). **Olhares sobre a cibercultura**. Porto Alegre: Sulina, 2003. p. 11-23.
- LEMOS, André. **Ciber-Cultura-Remix**. São Paulo: 2005. Disponível em: <https://www.facom.ufba.br/ciberpesquisa/andrelemos/remix.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2018.
- LESSIG, Lawrence. **Remix**. New York: Penguin Press, 2008.
- MARZOCHI, Roger. **Criadores de memes começam a registrar suas invenções de modo oficial**. 2018. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Tecnologia/noticia/2018/07/criadores-de-memes-comecam-registrar-suas-criacoes-de-modo-oficial.html>. Acesso em: 14 jul. 2018.
- QUEM fez a denúncia falsa que proibiu os memes da Globo no Twitter? *Folha de São Paulo*, São Paulo, 22 jun. 2018. Disponível em: <https://f5.folha.uol.com.br/colunistas/tonygoes/2018/06/quem-fez-a-denuncia-falsa-que-proibiu-os-memes-da-globo-no-twitter.shtml>. Acesso em: 14 ago. 2018.
- RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009.
- REIS, Jorge Renato dos; TOLOTTI, Stella Monson. Os direitos autorais em face das mudanças tecnológicas: novas perspectivas. *In*: BOFF, Salete Oro; PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). **Propriedade intelectual, gestão da inovação e desenvolvimento: patentes, marcas, software**,

cultivares, indicações geográficas, núcleos de inovação tecnológica. Passo Fundo: IMED, 2009.

ROMERO, Maria. Chico Buarque processa shopping do Piauí por uso indevido de imagem. **G1 Globo**, Piauí, 3 fev. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2015/02/chico-buarque-processa-shopping-do-piaui-por-uso-indevido-de-imagem.html>. Acesso em: 15 ago. 2018.

SCHMIDT, Charles L.; TORRE, Christopher Orlando. **United states district court central district of california**, 2013. Disponível em: <https://www.iptrademarkattorney.com/files/2016/05/schmidt-v-warner-bros-meme-copyright-complaint.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2018.

UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES – UBC. **Parlamento europeu votará lei que deve dar mais força aos criadores**. 2018. Disponível em: <http://www.ubc.org.br/publicacoes/noticias/10062> Acesso em: 15 ago. 2018.

WACHOWICZ, Marcos; SILVA, Rodrigo Otávio Cruz e. Os limites da publicação de conteúdo produzido em estabelecimento de ensino: estudo de caso entre a Lei dos Direitos Autorais e o Marco Civil da Internet. In: BACELAR, Ricardo (org.). **Temas contemporâneos de propriedade intelectual**. Brasília: OEB, 2017. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/?q=pt-br/content/os-limites-da-publica%C3%A7%C3%A3o-na-internet-do-conte%C3%BAdo-produzido-pelo-professor-em-sala-de-aula>. Acesso em: 26 jan. 2018.

Como citar: AMARAL, Jordana Siteneski; BOFF, Salet Oro. A Propriedade Intelectual sobre os “Memes” da Internet: Perspectivas a Partir do Direito Autoral e do Direito de Marca. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 1, p. 144-163, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p144. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 23/09/2018.

Aprovado em: 01/03/2019.

**O DESAFIO DA REDUÇÃO DA DESIGUALDADE DE
GÊNERO NAS GRANDES EMPRESAS: ENTRE AS QUOTAS
VINCULANTES E A AUTORREGULAÇÃO**

THE CHALLENGE OF REDUCING GENDER INEQUALITY IN
COMPANY BOARDROOM: BETWEEN BINDING QUOTAS AND
SELF-REGULATION

Luciana Tasse Ferreira*
Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri**

*Doutoranda em Sociologia e
Direito na Universidade Federal
Fluminense (UFF).
Mestre em Direito em 2016 na
Universidade do Estado do Rio de
Janeiro (UERJ).
Graduada em Direito em 2013
pela Universidade Federal de Juiz
de Fora (UFJF).
E-mail: tasse.lu@hotmail.com

** Doutorado em Direito em 2011
na
Universidade do Estado do Rio de
Janeiro (UERJ).
Mestre em Direito em 2006 na
Universidade do Estado do Rio de
Janeiro (UERJ). Especialista em
Direito Civil em 2010 pela
Università di Camerino
(UNICAM).
Graduado em Direito em 2003
pela Universidade Federal de Juiz
de Fora (UFJF).
E-mail: tasse.lu@hotmail.com

Como citar: FERREIRA, Luciana Tasse; NEGRI, Sergio
Marcos Carvalho de Ávila. O desafio da redução da desigualdade
de gênero nas grandes empresas: entre as quotas vinculantes e a
autorregulação. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 164-179,
mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p164. ISSN:
2178-8189.

Resumo: Diante da divisão sexual do trabalho reproduzida
de maneira muito marcante no espaço produtivo, o presente
trabalho tem como objetivo investigar as principais propostas
para a promoção de igualdade de oportunidades entre homens
e mulheres nas organizações empresariais. Para tanto, são
analisadas algumas políticas já implantadas com vistas à maior
representação de gênero nas posições decisórias das companhias:
uma proposta voluntária, estabelecida e fiscalizada pelos próprios
agentes econômicos, adotada na Inglaterra; e uma segunda, de
caráter obrigatório, imposta pela regulação estatal, sob a forma
de quotas vinculantes, adotada na Noruega. Trata-se de uma
pesquisa bibliográfica e documental, de caráter qualitativo,
a partir do método da análise de conteúdo. Como resultado,
destaca-se a importância de se considerarem as alternativas
voluntárias e vinculantes na esfera do político, de modo a não
naturalizar o discurso da solução de mercado da autorregulação
como a única possível para a questão da desigualdade de gênero
nas empresas.

Palavras chave: Teto de vidro; Administração societária; Pessoa
e mercado.

Abstract: Given the very markedly sexual division of labor in
the production sphere, this paper aims to investigate the main
proposals for the promotion of equal opportunities for men and
women in business organizations. In this purpose, we analyse
some policies aiming a greater gender representation in decision-

making positions of companies: a voluntary proposal, established and supervised by the own economic agents, adopted in England; a compulsory policy, imposed by state regulation in the form of binding quotas, adopted in Norway. It is a bibliographical and documental research, of qualitative character, by using the method of content analysis. As a result, the importance of considering voluntary and binding alternatives in the political sphere is emphasized, so as not to naturalize the discourse of the market solution and self-regulation as a single possible way for the issue of gender inequality in companies.

Key words: Glass ceiling. Corporate management. Legal entity and market

INTRODUÇÃO

A questão das desigualdades entre homens e mulheres no espaço produtivo, particularmente nos cargos diretivos da alta hierarquia empresarial tem ganhado destaque em virtude dos dados produzidos no plano internacional a esse respeito, assim como em virtude das políticas adotadas, em vários países, no intuito de solucionar a questão.

A discussão se verifica no Brasil¹ timidamente, razão pela qual é necessário questionar quais seriam os modelos regulatórios aptos a subsidiar políticas passíveis de serem adotadas no Brasil. Para tanto, o estudo está balizado na seguinte pergunta: quais seriam os principais modelos regulatórios para o enfrentamento da desigualdade de gênero nos altos escalões das carreiras corporativas?

Na verdade, o País ainda não conta com nenhuma política direcionada às desigualdades de gênero reproduzidas nas grandes organizações empresárias, embora por aqui também se confirme a tendência global da baixa representatividade de mulheres nas posições do alto escalão corporativo - um padrão estrutural de inserção desigual da mulher no mercado de trabalho, com reflexos particularmente claros nos quadros da organização empresária.

No intuito de investigar algumas das principais propostas para a promoção de igualdade de oportunidades entre homens e mulheres nas organizações empresariais, faz-se relevante a análise de algumas políticas já implantadas com vistas à maior representação de gênero nos cargos diretivos. Com efeito, elegeu-se para análise, a política voluntária de autorregulação, adotada na Inglaterra, assim como a política de quotas vinculantes para a composição do órgão responsável pela administração societária, como a implantada de maneira pioneira na Noruega.

Quando se aborda o tema da (des)igualdade de gênero nas empresas, logo numa primeira aproximação, nota-se que o discurso da governança corporativa - com a correspondente proposta de autorregulação dos agentes econômicos - desponta, como a solução de mercado que daria conta de sanar várias das distorções provocadas pela atividade empresária e suas práticas organizacionais. No presente estudo, destaca-se que o discurso da governança corporativa é entendido como aquele que reforça a adoção de mecanismos regulatórios privados, isto é, aquelas medidas a serem adotadas e fiscalizadas pelos próprios agentes econômicos, entre si.

Nesse caso, a hipótese é que existem em tensão duas propostas principais para a promoção da igualdade de gênero nas organizações empresariais: uma proposta voluntária, estabelecida e fiscalizada pelos próprios agentes econômicos; e uma outra de caráter obrigatório, imposta pela regulação estatal, sob a forma de quotas vinculantes.

Com o objetivo de caracterizar a questão da desigualdade de gênero no espaço produtivo e **discutir criticamente** algumas de suas possíveis soluções, o trabalho está dividido em três capítulos.

¹ O único progresso em termos legislativos sobre a questão no Brasil é um Projeto de Lei de 2010, o PLS n. 112/2010, ainda em trâmite, que estabelece percentual mínimo de participação de mulheres nos conselhos de administração das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto. Todavia, o PLS é altamente criticável, em especial quanto à insuficiência do escopo das companhias abrangidas e quanto ao fato de a proposta ter caráter não ter caráter obrigatório para as referidas companhias - o que coloca a sua efetividade em cheque, caso venha a ser aprovado.

O primeiro deles busca evidenciar o significado estrutural do fenômeno do teto de vidro, que praticamente inviabiliza que as mulheres ascendam na hierarquia das carreiras corporativas, o que se verifica como um padrão global na organização da atividade empresária. Por sua vez, o segundo capítulo discute as propostas adotadas na Inglaterra e na Noruega para a inclusão feminina nos cargos diretivos das companhias, vez que são propostas emblemáticas e pioneiras dos modelos autorregulatório e vinculante via quotas, respectivamente. Finalmente, um terceiro capítulo faz uma avaliação crítica das políticas apresentadas.

A estratégia metodológica que se utiliza é a da pesquisa qualitativa. Para tanto, faz-se útil o método de análise de conteúdo, que permite o estudo de textos teóricos e legais, para se construir, a partir dos objetivos traçados, um sistema analítico de conceitos a serem aplicados na análise crítica das políticas e dos modelos regulatórios que incentivem o incremento da diversidade de gênero na alta hierarquia administrativa das companhias.

Na verdade, trata-se de uma pesquisa com perfil exploratório, na qual se emprega, como primeiro passo, o levantamento bibliográfico e a análise documental, no intuito de examinar a literatura nacional e estrangeira, tanto a respeito do tema da divisão sexual do trabalho e do fenômeno de teto de vidro, quanto dos debates em torno das possíveis políticas voltadas à questão.

Para se chegar à reflexão acerca dos espaços reservados à mulher no campo produtivo, como passo importante para a consideração de possíveis soluções para o problema da sub-representação de gênero nos cargos decisórios das companhias. De fato, os dados e informações coletados, tiveram seu conteúdo analisado e reconstruído a partir dos referenciais teóricos adotados, viabilizando-se a realização de novas inferências.

Destaca-se a relevância do presente trabalho pelo fato de a produção acadêmica no campo jurídico ainda não ter enfrentado, cabalmente, o tema da sub-representação feminina na alta hierarquia administrativa das companhias.

Os posicionamentos acerca do assunto foram dados, quase exclusivamente, pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) e pela mídia especializada em questões corporativas. Daí a importância de se debater a questão aqui levantada também a partir do ponto de vista do Direito, que não deve se manter alheio à questão da (des)igualdade de gênero na administração das grandes companhias, a qual já tem sido discutida e enfrentada em outros países e contextos.

1 O SIGNIFICADO ESTRUTURAL DA DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO E A DENÚNCIA DO TETO DE VIDRO

Para a caracterização da desigualdade de oportunidades entre homens e mulheres no mercado de trabalho em geral, cabe destacar, logo de início, as estatísticas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2011), que demonstram serem as desigualdades salariais entre gêneros no País, alarmantes, não obstante as mulheres apresentem melhores índices de escolaridade.

Com efeito, as mulheres representam 58% dos estudantes universitários, 56% dos trabalhadores ocupados com nível superior completo, além de apresentarem tempo médio de

estudos maior que a população masculina. Não obstante, as mulheres ainda recebem, em média, 30% a menos que os homens, de acordo com pesquisa divulgada pelo IBGE em 2014 a respeito das estatísticas de gênero no país, com base na análise dos dados do Censo Demográfico de 2010 (IBGE, 2014). É de se ressaltar, de todo modo, que a discrepância salarial é ainda mais acentuada quando se observam os rendimentos de homens e mulheres com ensino superior².

Como um reflexo direto da desigualdade entre os gêneros no mercado de trabalho, a situação se reproduz internamente nas próprias organizações empresariais, uma vez que há uma sub-representação feminina nos cargos da alta hierarquia administrativa das companhias. Neste sentido, Cappellin (2008, p. 90) alerta sobre a persistente reprodução de fortes assimetrias: mesmo diante da expansão da formação universitária, majoritariamente feminina, permanece a predominância hierárquica dos homens nos postos mais altos e mais bem remunerados das organizações.

De fato, a composição dos órgãos da administração³ das companhias listadas em bolsa no Brasil denuncia que o perfil dos conselheiros de administração e diretores no País é quase exclusivamente masculino.

Neste sentido, Da Silveira *et al.* (2014, p. 3) conduz um dos raros trabalhos em que se analisa a participação das mulheres na alta administração das companhias, isto é, nos órgãos do conselho de administração e da diretoria. Para tanto, apoia-se numa base de dados composta por 73.901 cargos da alta administração, de 837 companhias abertas diferentes, num período compreendido entre 1997 e 2012.

A análise estatística descritiva revelou que a proporção de mulheres nos cargos de diretoria e conselho de administração permaneceu estável, por volta de 8%, na década compreendida entre 2003 e 2012. Essa constatação estatística demonstra que a situação da sub-representação de mulheres não tende a mudar naturalmente no Brasil, e que a igualdade de oportunidades para ambos os gêneros não parece uma situação tangível para os próximos anos.

Nesse ponto, o referido estudo faz questão de destacar em suas conclusões que o elemento “mérito” tem sido insuficiente para determinar a escolha dos candidatos para tais cargos. Essa constatação é fundamental para afastar o argumento de que é uma mera questão de tempo até que a participação de mulheres nesses cargos de liderança seja mais representativa. E que isso depende apenas de que as mulheres estejam dispostas e sejam suficientemente qualificadas para ocupá-los.

Muito pelo contrário, os dados produzidos no plano internacional⁴ e os escassos dados já produzidos no Brasil, demonstram que esse processo está estagnado e que a situação de sub-representação feminina nos cargos da alta administração das companhias parece ser estrutural nos

2 A respeito das diferenças salariais no Brasil entre trabalhadores e trabalhadoras de nível superior, observa-se que, em todas as áreas de formação, a média dos rendimentos é significativamente maior para os homens que para as mulheres. As áreas que registram os maiores diferenciais de rendimentos por gênero são: serviços (73%), saúde (54%) e comércio e administração (53%). Em todo caso, a diferença salarial média verificada entre todas as áreas de formação superior está em torno de 45,2% (REIS; MACHADO, 2015, p. 20).

3 Conforme o artigo 138 da Lei 6404/76, os órgãos responsáveis pela administração societária são, Conselho de

Administração e Diretoria, cujas competências estão definidas, respectivamente nos artigos 142 e 144 da mesma lei societária.

4 Neste sentido, ver uma análise recente da situação da sub-representação feminina nas grandes companhias alemãs em: Elke e Anja (2014).

quadros da organização empresária global – motivo pelo qual não há razões para acreditar que um tal cenário mudaria gradualmente e de maneira espontânea (DA SILVEIRA *et al.*, 2014, p. 6).

Com isso, é possível identificar que as tradicionais desigualdades e divisões por sexo dos espaços ocupacionais não só resistem a se dissolver, como renovam as suas formas de permanência estrutural nas companhias contemporâneas. Por isso mesmo, é essencial tornar visíveis tais permanências, precisamente num período marcado por inúmeras mudanças que poderiam ter permitido alterar o padrão de desigualdades.

Assim, é necessário identificar as dinâmicas responsáveis pela manutenção das ditas desproporções de gênero, uma vez que, se o maior acesso a diplomas universitários entre as mulheres sugere emancipação, o funcionamento organizacional das companhias, parece impor-lhes freios. Não por acaso, quando se comparam as carreiras e as perspectivas de mobilidade de homens e mulheres na hierarquia corporativa, emergem dados e probabilidades bastante distintas: é que a pirâmide de atribuições profissionais nas organizações empresárias está construída claramente sobre um recorte assimétrico de gênero (CAPPELLIN, 2008, p. 117).

Com efeito, Cappellin (2008, p. 117) aponta que os entraves organizacionais à ascensão hierárquica feminina se manifestam nas várias etapas do itinerário das carreiras corporativas: na admissão, nas avaliações de desempenho e nas (im)possibilidades de progressão contínua.

Por isso, é de se dizer que a dificuldade de acesso das mulheres a altos cargos nos órgãos da administração societária é apenas a “ponta do iceberg”, reflexo de disposições sociais fortemente arraigadas - um verdadeiro sintoma de que a construção dos papéis sociais de gênero subjacentes sustentam a desigualdade manifesta.

Neste sentido, a existência de evidências como a do teto de vidro – ou *glass ceiling* - denunciam que ainda há muito que ser alcançado em termos de igualdade de oportunidade e de participação entre mulheres e homens⁵.

De maneira mais específica, o termo teto de vidro explicita as barreiras invisíveis e, todavia, intransponíveis, que impedem as mulheres de progredirem aos postos altos da hierarquia corporativa, apesar do seu preparo e qualificação profissional ser igual, ou superior, ao dos homens⁶. Trata-se das barreiras artificiais criadas pelas práticas organizacionais, que obstaculizam que mulheres qualificadas consigam avançar para os cargos de nível de *management*.

Observa Lazzaretti (2012), de maneira precisa, que estas barreiras se encontram naturalizadas nas estruturas, nas relações de poder, nas crenças e nos costumes presentes nas organizações, o que torna os cargos da alta hierarquia societária dificilmente acessíveis às mulheres.

De fato, o efeito do teto de vidro não se trata de uma simples descrição, mas é a perfeita denúncia da existência de mecanismos dissimulados que atuam na rigidez e no fechamento da

5 Confirmando a situação de sub-representação feminina como uma situação estrutural e generalizada, há dados bastante amplos, que incluem países em desenvolvimento nos vários continentes, além dos países europeus, Canadá

e Estados Unidos. Com efeito, o Brasil, contando com percentual médio de 7.7% de mulheres na composição dos conselhos de administração das companhias está entre os países com menor taxa representação feminina nestes órgãos, atrás de países como China (8.1%), Tailândia (9.7%), Polônia (13.6%) e Turquia (12.7%). Neste sentido, ver: (CATALYST, 2015).

6 Neste sentido, ver o estudo e report publicado em: (GASKILL, 1995).

estrutura das hierarquias organizacionais. Isso permite verificar tradicionais formas de sexismos nos novos papéis assumidos pela mulher, as quais, de acordo com Cappellin (2008, p. 96), podem ser entrevistas no isolamento das mulheres executivas diante de importantes redes informais de poder (networking); na circulação de padrões e estereótipos que colocam a mulher em situação de desvantagem no ambiente das tomadas de decisão; e, finalmente, nos próprios critérios de promoção dos indivíduos aos cargos mais altos.

A alta densidade de dimensões valorativas e a grande competitividade, denotam a complexidade do fenômeno da ascensão aos cargos altos da hierarquia corporativa. Com efeito, Cappellin (2008, p. 102) destaca que este exercício profissional está inserido num contexto marcado por modelos e referências de sucesso fortemente identificados com as imagens de seus personagens principais: os homens. Por isso mesmo, ascender a uma posição de comando numa companhia significa concorrer num ambiente em que os valores de competência, de responsabilidade e de liderança foram historicamente construídos e legitimados por homens para outros homens.

Se cargos e postos de trabalho que envolvem alta hierarquia e poder de comando nas instituições de relevância social, ainda hoje, permanecem associados ao masculino, essa situação denuncia a permanência de estruturas que perpetuam desigualdades relativas entre homens e mulheres. Evidenciadas, todavia, como tais, é possível desmistificá-las e localizá-las como construções históricas⁷ – passíveis, portanto, de mudança e desconstrução.

A importância da maior diversidade de gênero na alta administração das companhias - isto é, um espaço público, de poder, construído de maneira antagônica ao feminino - se encontra, justamente, na possibilidade de ruptura, na transformação das condições sociais de produção das estruturas que perpetuam a desigualdade, a divisão de papéis de gênero, e a permanência das posições relativas, apesar das mudanças visíveis na condição de vida da mulher⁸.

Por exemplo, uma política como de quotas para as mulheres nos conselhos de administração, como a implantada na Noruega, tem o condão de evidenciar que o mesmo Direito que constrói a ficção da sociedade empresária como pessoa jurídica coletiva e autônoma, - patrimonial e organizacionalmente - também é capaz de intervir nas estruturas criadas para dissolver determinadas dicotomias e desigualdades por elas reproduzidas - por meio de suas práticas organizacionais que

7 No mesmo sentido de apontar as desigualdade de gênero (e o próprio gênero) como construções sociais e históricas, Matos e Cirino (2016) destacam que a discriminação de gênero é apropriada e agudizada pelo sistema capitalista, uma vez que a dominação e a exploração do trabalho subalternizado das mulheres atende ao escopo de expansão e acúmulo do capital pelo rebaixamento dos custos dos trabalho e das condições laborais. O trabalho traz alguns indicadores que reafirmam que a precarização, informalidade, baixos salários, dificuldade de acesso e permanência no mercado de trabalho, postos de menor hierarquia e poder de decisão são características assumem significado estrutural na atividade laboral feminina.

8 É importante ressaltar que o tema da desigualdade de gênero nos espaços públicos e de poder está atualmente em debate nos mais diversos espaços. Com efeito, a atriz Frances McDormand ao ganhar um Oscar de Melhor atriz em 2018 fechou o seu discurso fazendo referência à *inclusion rider*. Trata-se de uma cláusula de equidade pensada pela professora da Universidade da Carolina do Sul, Stacy Smith, que permite ao ator/atriz âncora (aquele/a que alavanca o financiamento/ produção do filme) exigir que parte do elenco coadjuvantes e da equipe de apoio seja composta com algum nível de diversidade, contando com a participação de mulheres, pessoas negras, pessoas com deficiência e LGBTTI, de modo a efetivamente refletir a 'demografia da vida real'. Tal proposta de cláusula adicional veio a público em 2016 quando Stacy Smith, tratou a respeito da contratação inclusiva em Hollywood em uma palestra do TED. Neste sentido, seria possível ao ator/atriz exigir, por exemplo, um percentual de 50% de participação de minorias não apenas nos personagens secundários e coadjuvantes, como também dos próprios funcionários por

detrás das câmeras. Neste sentido, ver: (OSCARS..., 2018).

não são tão neutras e objetivas quanto o ideal de racionalidade econômica moderna parece sugerir⁹.

Neste sentido, deve-se problematizar a suposta racionalidade objetiva do “espírito empresarial”. Com efeito, apesar de o capitalismo ter universalizado a racionalidade econômica, não foi capaz de torná-la, nem homogênea, nem independente da influência da cultura e dos âmbitos em que se organizam as relações sociais (família, território, nação). Da mesma forma, foi incapaz de torná-la imune às influências que a própria racionalidade não pode controlar, mas que a contrastam (CAPPELLIN; GIULIANI, 2002, p. 125-126).

Neste caso, a Sociologia da Empresa dá conta de enunciar outras formas de racionalidade, que fogem ou caminham a par da racionalidade econômica. Por exemplo, sobre a gestão empresarial, ainda que orientada com a finalidade lucrativa, é certo que sempre há diferentes caminhos possíveis. E as dimensões que interferem nos processos dessas escolhas de gestão, são de natureza diversa. Entre estas, estão as dimensões culturais (religiosas, tradicionais e simbólicas), de natureza afetiva (familiares), que se manifestam, inevitavelmente, de algum modo na racionalidade moderna, própria de indivíduos fragmentados, descontínuos e incongruentes (CAPPELLIN; GIULIANI, 2002, p. 138-139).

Por outro lado, também é necessário destacar que a capacidade de intervenção institucional das organizações empresárias tampouco se esgota na sua função estritamente econômica, de lucro. Isso porque exercem forte influência sobre diversas dimensões da vida social, em virtude das complexas relações que estabelecem com os trabalhadores e trabalhadoras, consumidores, fornecedores, organizações sindicais, a comunidade e demais interessados (CAPPELLIN; GIULIANI, 2002, p. 146).

Com efeito, as organizações empresárias são verdadeiros centros irradiadores de formas de reprodução social e têm capacidade de elaboração cultural: absorvem e movimentam diversas representações simbólicas e identidades produzidas pelos atores em disputa no seu interior.

Ocorre que, justamente porque produzem, reproduzem e legitimam efeitos sistemáticos, assim como diversas representações simbólicas, densamente arraigadas nas disposições sociais, esses processos merecem ser ponderados (CAPPELLIN; GIULIANI, 2002, p. 141).

Diante disso, fica claro que a desconstrução da divisão sexual do trabalho produtivo passa, necessariamente, pela denúncia de que desigualdades entre homens e mulheres são reproduzidas e aprofundadas no ambiente corporativo – o que muitas vezes passa despercebido, por ser naturalizado em papéis sociais de gênero muito arraigados.

2 ALGUMAS PROPOSTAS PARA A PROMOÇÃO DA EQUIDADE DE GÊNERO NO ÂMBITO CORPORATIVO

A grande maioria dos documentos, pesquisas e publicações que dão conta das políticas

⁹ Afinal, na sociologia weberiana o moderno é associado à racionalidade nos processos de organização e produção. Isto é, a suposição de que os processos seriam baseados apenas no cálculo objetivo do lucro e na impessoalidade - o que determinaria um padrão de agir racional como orientação do agir dos indivíduos (CAPPELLIN; GIULIANI, 2002 p. 124).

implantadas para a questão da sub-representação das mulheres nos órgãos da administração societária, proveem da realidade europeia. Por esse motivo, e pelo fato de já estarem mais consolidadas, optou-se aqui por estudar, majoritariamente, políticas implantadas por países europeus, como se passará a abordar, ainda que brevemente.

Não obstante haja uma relativa diversidade quanto às abordagens regulatórias e de execução levadas a efeito na Europa para a inclusão de gênero nos cargos da alta administração societária, optou-se por tratar particularmente de duas políticas¹⁰, que passaram a servir de modelo para a questão.

Neste sentido, foram selecionadas para a análise a política voluntária de autorregulação, adotada no Reino Unido; e a política pública de quotas vinculantes, adotada na Noruega. Cada uma delas apresenta possibilidades bastante diversas para tratar a questão problematizada: a primeira representa a adoção de políticas para equidade de gênero nos órgãos da administração societária pensadas e fiscalizadas pelos próprios agentes econômicos, ao passo que a segunda representa a imposição estatal de uma política para solucionar a questão.

No que tange à política voluntária de autorregulação, esta é normalmente levada a cabo pela inclusão de recomendações em códigos de governança corporativa¹¹ aplicáveis às companhias. Neste caso, o próprio setor privado estabelece objetivos não vinculantes, de adesão voluntária, para a questão da diversidade de gênero nos órgãos da administração das companhias, sobre as bases de um mecanismo conhecido como *soft law*.

Com efeito, uma das formas mais comuns para se estabelecer uma política como essa é a partir das regras de listagem das próprias bolsas de valores, que requerem, como parte do acordo para a abertura de capital, que as companhias cumpram com os requisitos sugeridos pelos respectivos códigos de governança corporativa – ou expliquem porque não o fizeram¹². Todavia, não há qualquer sanção formal para o descumprimento das condições.

Em 2010, o conselho de governança corporativa do Reino Unido incluiu novas exigências a respeito da diversidade de gênero na alta administração das companhias no novo Código de Governança Corporativa, com o qual as companhias abertas devem se comprometer, sob as bases de um mecanismo cumpra-ou-explique (CHOUDHURY, 2014).

A respeito dos efeitos da política de autorregulação pura, implantada no Reino Unido,

10 Em outro estudo mais extenso, teve-se a oportunidade de fazer uma proposta de classificação dos modelos regulatórios conducentes à inclusão de gênero nos cargos da alta administração societária, em vista das principais políticas implantadas para a questão, que se concentram no continente europeu. A proposta de classificação dos modelos foi: o modelo da autorregulação pura; o da correção ou autorregulação condicionada; o de políticas públicas não vinculantes e, finalmente, o modelo de políticas públicas vinculantes. Neste sentido, ver: Ferreira (2016).

11 Desde que o termo foi disseminado globalmente, na década de 90, é certo que a expressão governança corporativa vem sendo empregada com alguns significados e em contextos diversos, de modo que a definição de “governança corporativa” está em aberto e existe uma certa disputa sobre a sua conceituação. Para fins deste trabalho, utiliza-se a expressão “boas práticas de governança corporativa” para referir-se aos mecanismos regulatórios que os próprios agentes privados adotam, internamente ou entre si, para normativizar acerca de determinada conduta ou tema – independentemente da existência de alguma lei ou ato normativo vinculante a respeito. Nesse plano, incluem-se as instâncias voluntárias, de autorregulação estabelecida pelos próprios agentes privados, como os códigos de boa governança corporativa, que estabelecem normas de conduta não vinculantes para o setor corporativo.

12 Esta forma de fiscalização e prestação de contas a respeito das condutas fixadas de maneira voluntária ficou conhecida em inglês como *comply-or-explain* e em português como cumpra-ou-explique.

em 2010, pode-se dizer que houve alguns avanços positivos, não obstante ainda se esteja muito longe do desejável quando o tema é equidade de representação de gênero nos espaços da alta administração das companhias.

Observa-se que a representação feminina alcançou o percentual de 23.5% nas 100 FTSE¹³, em 2014, bastante próximo da meta de 25% de representação de mulheres para 2015. As companhias FTSE 250 também alcançaram um relativo progresso quanto ao percentual de participação de mulheres na administração – de 7.8% em 2011, para 18% em 2014. Também houve progresso, num curto espaço de tempo, quanto ao número de companhias cuja administração é exclusivamente composta por homens: efetivamente, passaram de 151 em 2011, para 23 em 2014 (CRANFIELD UNIVERSITY SCHOOL OF MANAGEMENT, 2015, p. 3).

Apesar dos resultados relativos alcançados na Inglaterra, é fundamental atentar para a fragilidade de mecanismos voluntários, como os propostos pela governança corporativa, justamente por não serem dotados de coercibilidade. Neste caso, ressalta-se que a iniciativa voluntária e autorregulatória do setor privado na Inglaterra é publicamente contrária à adoção de quotas obrigatórias, afirmando-se como a alternativa ideal para dar conta da questão do teto de vidro nas companhias britânicas de capital aberto¹⁴.

De todo modo, nota-se que, particularmente no caso britânico, a opinião pública esteve envolvida e com ânimo fiscalizatório a respeito da questão da sub-representação de gênero nos órgãos da alta administração societária do país, o que não só levou a uma maior transparência desses dados, que passaram a ser divulgados pelas companhias, como chamou a atenção dos próprios administradores para a necessidade de mudanças nas práticas internas e organizacionais das companhias.

Desse modo, para que uma política de caráter autorregulatório encontre alguma efetividade, é condição necessária que não seja deixada ao simples arbítrio do próprio setor corporativo, estando, ao menos, submetida às exigências de transparência suficientes para a fiscalização e monitoramento do público investidor, sob pena de permanecerem como mera retórica.

Por outro lado, o modelo da política pública vinculante, compreende instrumentos de Direito público, dotados de coercibilidade, isto é, capacidade de se fazer cumprir pelo aparato estatal.

Com efeito, a Noruega foi o primeiro país na Europa a introduzir, em 2006, quotas vinculantes, a exigir a representação de 40% de mulheres no órgão não-executivo responsável pela respectiva administração societária – equivalente ao conselho de administração no Brasil.

É interessante notar que, ainda em 2003, a própria lei acionária da Noruega foi alterada de modo a incluir o requisito de diversidade de gênero na composição do órgão da administração das companhias¹⁵. Originalmente, todavia, tratava-se de uma medida de adoção voluntária, e as

13 O índice FTSE 100 inclui as 100 maiores companhias com ações negociadas na Bolsa de Londres (LSE).

14 Para maiores informações sobre os relatórios anuais Lord Davies, ver: Reino Unido (2015).

15 A composição de gênero do órgão da administração das companhias na Noruega está prevista na Seção 6-11A da respectiva lei acionária - *Norway's Companies Act* §§ 6-11A. Também vale observar que, ao contrário dos países da Europa continental, as companhias norueguesas possuem apenas um órgão na estrutura da administração societária, adotando, portanto, um sistema monista (STORVIK; TEIGEN, 2010 *apud* FERREIRA, 2016, p. 91).

sociedades anônimas contaram com um prazo de dois anos para se adequarem. Como, ao final, as metas previstas no sentido de aumentar a representação feminina não foram atingidas de maneira satisfatória, foi, então, instituída a política de quotas vinculantes no ano de 2006 (CARROLL, 2014, p. 60).

No caso norueguês, Rosemblum (2009, p. 63) destaca que a opção da política legislativa foi por sancionar a medida de quotas obrigatórias especificamente no corpo da lei societária - ao invés de adotá-la num instrumento com objetivos antidiscriminatórios, como é o caso da Lei de equidade de gênero, em vigor no país, de caráter mais genérico.

Essa escolha de política legislativa não foi ocasional, mas teve, deliberadamente, o condão de reforçar e determinar, para o setor empresarial, que a equidade de gênero nas instâncias da hierarquia corporativa, principalmente nas decisórias – onde a mulher é sistematicamente sub-representada - é um valor pertinente ao próprio Direito societário. E que, precisamente por isso, deve ser endossado e protegido a partir da própria estruturação e organização da atividade empresária.

Neste caso, é certo que uma das grandes inovações da política pública de quotas vinculantes, idealizadas e implementadas de maneira pioneira pela Noruega é, justamente, o fato de estas serem obrigatórias - e, para tanto, contarem com uma sanção jurídica para o caso de descumprimento.

Com efeito, a punição prevista pela Lei norueguesa para o caso de inobservância do percentual de 40% de mulheres na composição do órgão responsável pela administração societária é a própria dissolução¹⁶ da companhia. Portanto, uma sanção bastante rigorosa, mas, igualmente, considerada como uma das responsáveis pelo efetivo cumprimento dos percentuais impostos pela legislação acionária do país (CARROLL, 2014, p. 60).

É válido notar, de todo modo, que os esforços de política pública para equidade de gênero na Noruega não se resumem à obrigatoriedade das quotas nas altas instâncias corporativas. De fato, o Direito norueguês apresenta uma série de políticas direcionadas a solucionar as desigualdades de gênero em vários aspectos: no âmbito familiar, quanto à violência doméstica e na política, quanto à falta de representação feminina (ROSEMBLUM, 2009, p. 61).

Exemplos de longo prazo, não faltam. Rosemblum (2009, p. 61) aponta que, ainda em 1993, reforçou-se a licença paternidade com o objetivo de aumentar o espectro de homens beneficiários que se dedicassem aos cuidados dos filhos recém-nascidos. Mais recentemente, em 2002, reformou-se a Lei de Igualdade de Gênero do país - *Act Relating to Gender Equality* - com a finalidade de priorizar, em especial, políticas voltadas às oportunidades iguais para homens e mulheres nos planos da educação, cultura, emprego e ascensão profissional.

Assim, com o objetivo de promover uma maior igualdade de gênero no mercado de trabalho, estenderam-se alguns deveres já vinculantes para as instituições públicas, igualmente para todos os empregadores privados, como: igual remuneração para o mesmo trabalho realizado,

16 Em todo caso, Rosenblum (2009, p. 63) afirma que a experiência na Noruega demonstra que a maior parte das discrepâncias apontadas pelos órgãos de fiscalização quanto à questão de gênero, são corrigidas a tempo. Motivo pelo qual é pouco provável que os tribunais responsáveis por cominar a sanção da dissolução da companhia a apliquem de maneira desproporcional, ou a qualquer custo.

licenças maternidade mais longas e proteções contra assédio sexual no trabalho (ROSEMBLUM, 2009, p. 61).

Tais políticas, para além da adoção das quotas, não poderiam deixar de ser mencionadas, uma vez que denotam uma implantação coerente de um conjunto de políticas públicas, comprometidas globalmente com a questão. Isto é, trata-se de um projeto público de medidas muito bem articuladas, que não se esgotam em promover a mulher no ambiente corporativo, mas ambicionam a equidade de gênero como um todo, principalmente a partir da mudança das próprias estruturas que reproduzem as desigualdades entre homens e mulheres nas mais diversas esferas sociais.

Quanto aos resultados verificados na Noruega, a respeito da política pública vinculante de quotas, 10 anos após a sua implantação, pode-se dizer que o país, de fato, apresentou o avanço mais significativo na Europa quanto à inclusão feminina nos cargos da alta administração societária: passou-se de 20% de representação de mulheres nestes postos, em 2003, à 42% em 2013 (SENDEN, 2014b, p. 8).

3 FUNDAMENTOS PARA UM DEBATE CRÍTICO A RESPEITO DAS PROPOSTAS PARA A REDUÇÃO DA DESIGUALDADE DE GÊNERO NAS GRANDES EMPRESAS

Por trás do debate sobre que medidas adotar e, particularmente, quanto à adoção de uma política pública vinculante como as quotas, há uma evidente tensão entre o interesse da igualdade de gênero pretendida e o da livre iniciativa, fundamento da economia de mercado. Por isso, ao invés de uma política pública vinculante, o setor empresarial tende a pressionar pela adoção de medidas voluntárias, pela via da autorregulação.

Todavia, é certo que um modelo não vinculante – ou voluntário - tem efetividade limitada. Neste sentido, Senden (2014a, p. 65) identifica duas principais razões para tanto: o fato de os objetivos das políticas serem estabelecidos de maneira pouco precisa; e os frágeis mecanismos de coerção e de aferição dos resultados, que impõem dificuldades na verificação do cumprimento das recomendações contidas nos Códigos de Governança Corporativa.

Em vista da breve discussão a respeito de duas das políticas apresentadas para a promoção da diversidade de gênero nos órgãos da administração societária, é possível perceber que vários fatores também influenciam as opções regulatórias adotadas pelos diferentes países. De acordo com Senden (2014a, p. 60), a escolha do modelo se relaciona, fundamentalmente, com o tipo de sistema de proteção social adotado no país (se mais liberal ou mais protetivo), o que também tem ligação com o respectivo contexto socioeconômico, político e cultural - e é bem ilustrado pelas opções políticas da Inglaterra e da Noruega.

Pode-se dizer que um tratamento normativo ideal para a questão da persistente sub-representação de mulheres nos cargos da administração societária, deve passar, necessariamente, por uma forte problematização pública do tema, uma vez que o exato conteúdo de quaisquer dessas opções, é, eminentemente, uma escolha política. Mecanismos voluntários e vinculantes têm

sido colocados em prática com vistas a solucionar a questão, e é fundamental que as vantagens e desvantagens de cada uma dessas opções sejam consideradas e debatidas propriamente na esfera do político – o que importa em não naturalizar o discurso da solução de mercado da autorregulação como a única possível, ou a melhor, *a priori*.

No entanto, o discurso da governança corporativa parece querer reforçar que a solução via mercado, isto é, a partir da autorregulação pelos agentes econômicos, é essencialmente virtuosa por incrementar a eficiência do tráfego mercantil, o que não só é insuficiente para dar conta dos diversos interesses afetados pela empresa, como também esvazia a dimensão política das lutas por direitos em torno dos impactos causados pela atividade empresária.

O intuito dessa ressalva de cunho crítico a respeito da hipertrofia do discurso da governança corporativa é, exatamente, evidenciar a necessidade de avaliarem-se, em cada caso, os mecanismos privados de regulação apresentados pelas boas práticas, face à regulação pública estatal e as demais alternativas – sem naturalizar a solução via mercado como a ideal ou a única possível.

O que Pargendler (2016), identifica como uma “obsessão” com a ideia de governança corporativa é, justamente, o contrário de uma postura aberta ao debate político a respeito das alternativas em jogo. Segundo a autora, o discurso liberal da autorregulação, por ser mais mercadológico, tende a se afirmar como única opção viável para a solução de uma gama de conflitos na empresa, o que tem o cunho de impedir que reformas mais significativas no campo da empresa e dos mercados, sejam levadas a cabo.

De fato, a promessa implícita no discurso da governança corporativa parece ser a de que, à medida que o adequado processo decisório esteja em funcionamento, a regulação estatal externa da atividade empresária torna-se crescentemente supérflua, uma vez que as próprias sociedades empresárias assumiriam a capacidade de melhor se regular ou se auto-governar (PARGENDLER, 2016).

Por isso mesmo, é fundamental demarcar que o discurso da governança corporativa não é neutro do ponto de vista ideológico. A partir da década de 90, quando sobrevém um progressivo ceticismo acerca da intervenção estatal na economia, a crescente retração do Estado deu margem à ideia de que o setor privado seria capaz de se autogovernar e de dar conta de vários temas e interesses relacionados à atividade empresária. Ao mesmo tempo, o avanço do discurso da governança corporativa reforçou essa tendência, marginalizando os esforços por maior intervenção estatal ou pela regulação pública do setor financeiro e empresarial (PARGENDLER, 2016).

Por isso mesmo, é necessário problematizar a agenda da governança corporativa, de modo a não superestimar as suas potencialidades, em vista das demais alternativas regulatórias, que demandam a intervenção estatal no domínio econômico e privado – e, por isso, são recebidas com maiores restrições e desconfiança pelos agentes econômicos.

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou investigar duas das políticas já implantadas no sentido promover a igualdade entre homens e mulheres nas organizações empresariais, a fim de avaliá-las criticamente. Como o Brasil ainda não conta com nenhuma política direcionada especificamente à questão, a análise se voltou para políticas adotadas na realidade europeia.

Desse modo, optou-se por analisar a política autorregulatória, de caráter voluntário, adotada na Inglaterra na esteira dos códigos de boas práticas de governança corporativa; assim como a política de quotas obrigatórias de 40% de mulheres na composição do órgão executivo da administração societária, adotada na Noruega.

Para delimitar a questão da sub-representação feminina nas altas instâncias administrativas das companhias como um verdadeiro problema, foi importante, em primeiro lugar, localizar a exclusão feminina dos espaços do poder corporativo como sintomática da divisão sexual do trabalho e dos espaços ocupacionais, o que reproduz fortes assimetrias nas empresas.

Com efeito, mesmo diante da expansão da inserção laboral feminina, ainda há predominância hierárquica dos homens nos postos mais altos e mais bem remunerados das organizações, o que denota que as desigualdades entre os gêneros não só resistem a se dissolver, como renovam as suas formas de manutenção nas sociedades contemporâneas. Com isso, também se reconhece que o espaço produtivo é um espaço de reprodução social, além de econômico, marcado pela disputa de atores que se confrontam e negociam.

Em relação às políticas analisadas, é certo que cada uma delas deve ser avaliada no contexto das realidades nas quais buscam intervir, de modo que nenhuma delas deve ser considerada em abstrato. Pelo contrário, como escolhas políticas que são, devem ser submetidas a um amplo debate de caráter público, em que sejam consideradas as vantagens e desvantagens de cada alternativa.

Diante disso, colocou-se em questão o discurso da governança corporativa, que se apresenta como modelo autorregulatório, apto a solucionar todo tipo de tema relativo à atividade empresária. Sustentou-se, ainda, que a hipertrofia do discurso da governança corporativa calcado na autorregulação, afasta a dimensão política das disputas entre os diversos atores sociais em interação no espaço produtivo (trabalhadores e trabalhadoras, organizações sindicais, acionistas, administradores etc.), local em que se reproduz uma divisão sexual do trabalho muito marcada, mas despercebida por estar naturalizada em papéis sociais de gênero muito arraigados.

REFERÊNCIAS

CAPPELLIN, Paola. As desigualdades impertinentes: telhado, paredes ou céu de chumbo? *Revista Gênero*, Niterói, v. 9, n. 1, 2008.

CAPPELLIN, Paola; GIULIANI, Gian Mario. A racionalidade, a cultura e o espírito empresarial. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 123-152, jan./jun. 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922002000100008. Acesso em: 22 nov. 2015.

CATALYST. **Census 2014**: women board directors. New York: Catalyst, 2015. Disponível em:

<http://www.catalyst.org/knowledge/2014-catalyst-census-women-board-directors>. Acesso em: 29 maio 2015.

CHOUDHURY, Barnali. New rationales for women on boards. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, UK, v. 34, n. 3, p. 511–542, Sep. 2014. Disponível em: <http://ojls.oxfordjournals.org/content/early/2014/01/20/ojls.gqt035.abstract>. Acesso em: 19 jun. 2015.

CRANFIELD UNIVERSITY SCHOOL OF MANAGMENT. **The female FTSE board report 2015: putting the UK progress into a global perspective**. Bedford, UK: Cranfield University, 2012. Disponível em: <http://www.som.cranfield.ac.uk/som/dynamiccontent/research/ftse/FemaleFTSEReportMarch2015.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2015.

DA SILVEIRA, Alexandre et al. **Women's participation in senior management positions: gender social relations, law and corporate governance**. 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2508929>. Acesso em: 28 maio 2015.

ELKE, Host; ANJA, Kirsch. Women still the exception on executive boards of Germany's large firms: gradually increasing representation on supervisory boards. **DIW Economic Bulletin**, v. 4, n. 3, p. 3-15, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10419/94215>. Acesso em: 29 maio 2015.

FERREIRA, Luciana T. **A participação da mulher nos órgãos da administração societária no Brasil: obstáculos e perspectivas**. 2016. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito empresarial) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

GASKILL, Stephen. **A solid investment: making full use of the nation's human capital: recommendations of the Federal Glass Ceiling Commission**. Washington, DC: Diane Publishing, 1995. Disponível em: <https://www.dol.gov/oasam/programs/history/reich/reports/ceiling2.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2015.

IBGE. **Estatísticas de gênero: uma análise dos resultados do censo demográfico 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo.html?view=detalhes&id=288941>. Acesso em: 23 nov. 2015.

IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios**, Rio de Janeiro: IBGE, 2011. v. 31. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_anual/2011/Volume_Brasil/pnad_brasil_2011.pdf. Acesso em: 28 set. 2014.

LAZZARETTI, Kellen. **A participação feminina nos conselhos de administração das empresas brasileiras: uma análise das características de formação e experiência profissional à luz da teoria do capital humano**. 2012. 131 f. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Administração) – Universidade do Vale do Itajaí, Biguaçu, 2012. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/biblioteca>. Acesso em: 11 jun. 2015.

MATOS, Ana Carla H.; CIRINO, Samia M. Análise crítica da efetividade do direito humano ao trabalho: um impasse na discriminação de gênero. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 9, p. 1955-1981, 2016.

OSCARS 2018: who or what is an inclusion rider? **BBC News**, Londres, 5 mar. 2018. Entertainment & Arts. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/entertainment-arts-43286515>. Acesso em: 20 abr. 2018.

PARGENDLER, Mariana. The corporate governance obsession. **Journal of Corporation Law**, v. 42, n. 2, p. 359-402, 2016. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2491088. Acesso em: 20 abr. 2018.

REINO UNIDO. Department for Business, Innovation & Skills. **Women on boards 2015: fourth annual review**. Policy paper, 25 Mar. 2015. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/women-on-boards-2015-fourth-annual-review>. Acesso em: 21 jun. 2015.

REIS, Maurício C.; MACHADO, Danielle C. **Uma análise dos rendimentos do trabalho entre indivíduos com ensino superior no Brasil**. Brasília: IPEA, 2015. (Texto para discussão, 2110). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 22 nov. 2015.

ROSENBLUM, Darren. Feminizing capital: a corporate imperative. 2009. Disponível em: <http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/399/>. Acesso em: 28 set. 2014.

SENDEN, Linda. **Study on promoting women in leadership: comparative study on legal and regulatory approaches in Europe to increase the share of women in middle and higher management positions**, commissioned by the CEC and the European Commission, 2014b. Disponível em: www.womeninmanagement.eu. Acesso em: 5 out. 2015.

SENDEN, Linda. The multiplicity of regulatory responses to remedy the gender imbalance on company boards. **Utrecht Law Review**, Utrecht, v. 10, n. 5, p. 51-66, Dec. 2014a. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2551859>. Acesso em: 14 maio 2015.

Como citar: FERREIRA, Luciana Tasse; NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila. O desafio da redução da desigualdade de gênero nas grandes empresas: entre as quotas vinculantes e a autorregulação. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 1, p. 164-179, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p164. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 26/09/2018.

Aprovado em: 07/12/2018.

**OBRIGAÇÕES AMBIENTAIS DAS EMPRESAS DE CELULOSE
EM FACE DO DIREITO BRASILEIRO**ENVIRONMENTAL OBLIGATIONS OF PULP COMPANIES IN
LIGHT OF BRAZILIAN LAW**Celso Antonio Pacheco Fiorillo***
Renata Marques Ferreira*

* Doutor em Direito em 1994 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)
Mestre em Direito em 1989 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)
Graduado em Direito em 1982 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

** Pós-Doutora em Direito em 2016 pela Universidade de São Paulo (USP)
Doutora em Direito em 2008 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)
Mestre em Direito em 2003 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)
Graduada em Direito em 1997 pela Universidade Paulista (UNIP)

Como citar: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Obrigações ambientais das empresas de celulose em face ao direito brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 180-196, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p180. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A celulose, ao ter sua natureza jurídica definida em face da tutela jurídica dos recursos ambientais (bens ambientais), vincula seu uso no âmbito das atividades econômicas ao direito ambiental, ou seja, para que as empresas de celulose possam desenvolver licitamente atividade econômica vinculada ao uso do referido recurso ambiental devem obrigatoriamente obedecer à legislação ambiental balizadora do tema. Daí a necessidade de se realizar a presente pesquisa a partir do método hermenêutico, por meio do levantamento dos trabalhos doutrinários elaborados por estudiosos especializados atuantes no âmbito da matéria investigada, com o objetivo de demonstrar que uma vez observados os regramentos específicos do direito ambiental constitucional (particularmente os Arts. 225, 225, § 1º, IV e 225, § 3º da CF) bem como os aspectos estruturais da causa geradora das obrigações ambientais (obrigações de fazer ou não fazer subordinadas aos princípios da prevenção e do poluidor pagador) referidas atividades econômicas podem desenvolver licitamente suas atividades em face de nosso ordenamento jurídico em vigor.

Palavras-Chave: Empresas de celulose. Bens ambientais. Obrigações ambientais. Direito Ambiental Constitucional.

Abstract: Pulp, having its legal nature defined in the face of legal protection of environmental resources (environmental goods), links its use in the scope of economic activities to environmental law, that is, so that pulp companies can lawfully develop economic activity linked to the use of said environmental resource must obey

the environmental legislation that establishes the theme. Hence the need to carry out the present research from the hermeneutical method, by means of the survey of the doctrinal work elaborated by specialized scholars working within the scope of the subject investigated, with the purpose of demonstrating that once the specific rules of constitutional environmental law have been observed (particularly Articles 225, 225, § 1, IV and 225, § 3 Federal Constitution), as well as the structural aspects of the cause of environmental obligations (obligations to do or not to make subordinate to the principles of prevention and the polluter pays) economic activities can lawfully develop their activities in light of our current legal system.

Keywords: Pulp companies. Environmental goods. Environmental obligations. Constitutional Environmental Law.

INTRODUÇÃO

Em março de 2018 a mídia anunciou que a maior empresa de celulose do mundo seria criada no Brasil fruto de fusão realizada por empresas já existentes no País.

Assim, possuindo a maior produção de celulose de eucalipto do mundo, com uma capacidade de cerca de 7 milhões de toneladas anuais e podendo atingir capacidade de 11 milhões de toneladas em face da fusão de empresas antes referida, o Brasil tem também destaque na exportação de referida matéria prima sendo certo que, em conjunto com a soja em grão ou farelo, a carne de frango e boi, o açúcar e o café, a celulose foi responsável por 26,8% das exportações brasileiras.

Observe-se ainda que o saldo de exportação da celulose no ano de 2017 foi de US\$ 2,39 bilhões (SANTANDER, 2018), o que representa uma participação de 2,7% sendo certo que a extração é feita da madeira de árvores como eucalipto e pinho, que são cultivadas em todo o país.

Destarte verifica-se com clareza que a atuação das empresas antes indicadas, ao depender do uso do aludido bem ambiental (a celulose), somente poderá se desenvolver licitamente em face de necessária obediência ao que determina o direito ambiental constitucional submetendo-se, pois às obrigações estabelecidas em referido complexo de normas. Para tanto entendemos oportuno desenvolver no presente trabalho, a partir da análise normativa da natureza jurídica da celulose como bem ambiental, em que medida se aplicam os princípios do direito ambiental constitucional às atividades econômicas destinadas ao desenvolvimento do processo industrial de aludido insumo em face da obrigação imposta por nossa Lei Maior ao Estado e à própria coletividade. Para tanto foi abordada a causa geradora das obrigações ambientais (obrigações de fazer e não fazer) subordinadas aos princípios ambientais constitucionais da prevenção e do poluidor pagador com destaque para instrumento constitucional do Estudo Prévio de Impacto Ambiental.

A metodologia utilizada, desenvolvida a partir de uma descrição minuciosa e rigorosa do enquadramento jurídico constitucional e infraconstitucional da celulose em face de sua natureza jurídica de bem ambiental, se baseia na análise sistemática dos princípios de direito ambiental constitucional vinculado às atividades econômicas destinadas ao desenvolvimento do processo industrial, estruturado através de pesquisa realizada a partir do método hermenêutico, por meio do levantamento dos trabalhos doutrinários elaborados por estudiosos especializados atuantes no âmbito da matéria investigada e de análise jurídica vinculada ao direito ambiental constitucional assim como das normas infraconstitucionais tudo com o objetivo de adequar de forma satisfatória o enquadramento do tema em face de nosso sistema jurídico em vigor.

1 A CELULOSE, SUA NATUREZA JURÍDICA DE BEM AMBIENTAL CONSTITUCIONAL E SEU ENQUADRAMENTO NORMATIVO NO ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL

Polímero de carboidrato que forma a maior parte da matéria vegetal, a celulose, como

ensina Henry Art (1998, p. 87) “é o principal constituinte da maioria das paredes celulares e, portanto, os tecidos lenhosos” sendo “a matéria - prima usada para fazer papel e raio” (que como sabemos é nome da seda artificial) constituindo pois insumo fundamental para as empresas, que a extraem a partir de diversos vegetais, como árvores de eucalipto, pinheiro, algodão, bambu, entre outras.

Assim, integrando a flora, a celulose tem natureza jurídica constitucional de bem ambiental (Art.225 da CF) sendo definida no plano infraconstitucional como recurso ambiental em face do que estabelece o Art.3º, V da lei 6938/81 e Art.2º, IV da Lei 9985/00.

Recebem, pois, preliminarmente, balizamento normativo em face da tutela jurídica da flora conforme fixado por diversas normas jurídicas de tutela de recursos ambientais existentes em nosso País, como por exemplo, além da já citadas anteriormente, o da Lei 12.651/12(Código Florestal),o da Lei n. 11.428/06(que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica e dá outras providências) e o da Lei n. 11.284/06(que dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável) além de ter seu enquadramento criminal submetido à Lei n. 9.605/98(Crimes Ambientais).

Assim a celulose, ao ter desde logo seu regramento normativo definido em face da tutela jurídica dos recursos ambientais (bens ambientais), vincula seu uso em face de qualquer atividade econômica ao direito ambiental, ou seja, para que as empresas de celulose possam desenvolver licitamente atividade econômica vinculada ao uso do referido recurso ambiental devem obrigatoriamente obedecer a legislação ambiental balizadora do tema. Daí a subordinação de referidas empresas aos comandos normativos de índole ambiental reguladores das atividades econômicas fixadas em nossa Carta Magna em harmonia com a defesa do meio ambiente, art.170, VI c/c art.225 da CF (BRASIL, 1988).

Destarte os superiores dispositivos constitucionais que determinam estruturalmente o balizamento normativo destinado a direcionar a atuação das empresas de celulose, bem como aqueles dispositivos infraconstitucionais estabelecidos em harmonia com as regras superiores antes indicadas, recebem por parte de nossa Constituição Federal comando bem definido.

2 AS EMPRESAS DE CELULOSE COMO ATIVIDADE ECONÔMICA E O USO DO REFERIDO INSUMO EM FACE DO DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL: A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL ÀS ATIVIDADES ECONÔMICAS DESTINADAS AO DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO INDUSTRIAL

Como sabemos a celulose sintetizada naturalmente pelos diversos tipos de vegetais, ao passar por uma série de processos para ser utilizada pela indústria (etapas florestal, de preparação da madeira, de obtenção de celulose, de secagem e de acabamento), configura-se em atividade econômica regrada evidentemente em face da legislação em vigor.

Ao assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente

de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei, (parágrafo único do art. 170 da CF) nossa Constituição Federal destacou de forma importante a necessidade de se interpretar no plano normativo o significado de referido conceito de atividade em face de seus evidentes reflexos em toda a ordem econômica constitucional particularmente em decorrência do direcionamento estabelecido pelos próprios princípios gerais da atividade econômica (BRASIL, 1988).

Não se trata evidentemente de pura e simplesmente compreender a atividade em face tão somente da economia, a saber, dentro do termo economia, lembrando Antonio Dias Leite (2011, p. 17), como o “quadro físico e institucional dentro do qual se realizam as atividades de produção de bens e serviços requeridos pela sociedade, bem como sua evolução no tempo” mas de compreender de que forma “as atividades de produção de bens e serviços requeridos pela sociedade” tem seu balizamento fixado pela Constituição Federal.

Trata-se a rigor, como lembra Nery (apud FIORILLO; FERREIRA, 2018a) de verificar o que significa atividade no contexto econômico normativo constitucional lembrando, de forma evidentemente menos ampla, dentro de análise doutrinária jurídica e em contexto infraconstitucional, ser a atividade

[...] conceito básico de direito comercial, fenômeno essencialmente humano (Bonfante, *Lezioni di storia del commercio*). E hoje se pode afirmar que é conceito básico de direito empresarial. A empresa se realiza pela atividade, como o sujeito se realiza por seus atos. Tanto o ato quanto a atividade se exteriorizam por meio de negócios jurídicos, de tal sorte que se afirma que o contrato é o núcleo básico da atividade empresarial.

Com efeito.

Entendida, na lição de Houaiss (2009, p.215) como “qualidade; faculdade ou possibilidade de agir, de se mover, de fazer, empreender coisas; exercício dessa faculdade, ação” em face do que se admite ser ativo (“que exerce ação, que age, que tem a faculdade de agir”) o termo atividade também pode ser perfeitamente explicado no âmbito da economia (atividade econômica) como a faculdade de empreender coisas o que facilita evidentemente seu entendimento no contexto da ordem econômica constitucional com evidentes reflexos no direito ambiental constitucional, ou seja, a livre iniciativa passa a atuar em absoluta sintonia com os princípios fundamentais do direito ambiental constitucional.

Assim, como já teve oportunidade de estabelecer o Supremo Tribunal Federal, “é certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais”¹.

1 “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.844/92, DO ESTADO DE SÃO PAULO. MEIA ENTRADA ASSEGURADA AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição

Destarte, no plano superior constitucional em vigor (princípio fundamental), a livre iniciativa (Art.1º, IV da CF) como “princípio do liberalismo econômico que defende a total liberdade do indivíduo para escolher e orientar sua ação econômica, independentemente da ação de grupos sociais ou do Estado” implicando em “total garantia da propriedade privada, o direito de o empresário investir seu capital no ramo que considerar mais favorável e fabricar e distribuir os bens produzidos em sua empresa da forma que achar mais conveniente à realização dos lucros” conforme explicação de Paulo Sandroni (2005, p.352), deixa de ser observada em face de sua interpretação inicial e passa a ser admitida em contexto de evidente equilíbrio.

Daí a existência de princípios ambientais constitucionais como os observados nos incisos do Art.170 sendo certo que dentre os referidos princípios, está exatamente o da defesa do meio ambiente natural/recursos ambientais, do meio ambiente cultural/cidades, do meio ambiente artificial/cidades e do meio ambiente do trabalho/saúde ambiental (Art.170, VI da CF), cujo conteúdo constitucional está descrito no Art.225 da CF, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental (Art.225, parágrafo 1º, IV) dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Por via de consequência ao assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, inclusive evidentemente a atividade econômica destinada ao uso da celulose, nossa Constituição Federal condiciona no plano normativo o exercício de referida atividade não só à defesa do meio ambiente natural/recursos ambientais orientada necessariamente pelos princípios do direito ambiental constitucional, (dentre outros, pelos princípios da prevenção, precaução, poluidor-pagador, etc.) na forma de suas respectivas tutelas jurídicas constitucionais como submete as empresas de celulose às obrigações ambientais derivadas de aludidos comandos normativos conforme a objetiva e segura orientação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal na conhecida ADI 3540².

de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.” ADI 1950 / SP - SÃO PAULO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator: Min. EROS GRAU Julgamento: 03/11/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 02-06-2006 PP-00004 EMENT VOL-02235-01 PP-00052 LEXSTF v. 28, n. 331, 2006, p. 56-72 RT v. 95, n. 852, 2006, p. 146-153 (BRASIL, 2006).

2 A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina”. ADI 3540 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator: Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 01/09/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528 (BRASIL, 2005).

3 A OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO ESTADO E À PRÓPRIA COLETIVIDADE DE PROTEGER OS BENS AMBIENTAIS EM PROVEITO DO USO COMUM DE BRASILEIROS E ESTRANGEIROS RESIDENTES NO PAÍS: OS DEVERES AMBIENTAIS EM FACE DOS RECURSOS AMBIENTAIS

Conforme interpretado pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 3540), incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, o direito ambiental, a saber, as relações jurídicas vinculadas ao meio ambiente natural, ao meio ambiente cultural, ao meio ambiente artificial (espaço urbano) e ao meio ambiente laboral submetem-se à obrigação constitucional antes referida.

O adimplemento de referido encargo, que é irrenunciável na interpretação estabelecida pelo STF, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral (o bem ambiental).

Destarte, o uso dos bens ambientais na ordem econômica balizada em nossa Constituição Federal (uso evidentemente autorizado visando a transformação dos bens ambientais em produto ou mesmo serviço), está condicionado não só, evidentemente, ao que determinam os princípios fundamentais constitucionais (Arts.1º a 4º da CF), como particularmente às superiores obrigações fixadas diretamente a partir do que determinam os referidos arts. 225 e 170, VI da Constituição Federal dentro de uma perspectiva mais ampla destinada a fundamentar a gênese da obrigação ambiental no plano da denominada relação jurídica ambiental em face do meio ambiente natural (recursos ambientais como bens ambientais tutelados pelo Art.225 da CF) (BRASIL, 1988).

Resta, portanto bem evidenciado que o uso dos bens ambientais no plano da ordem econômica estabelecida em nossa Constituição Federal está condicionado às obrigações fixadas pela Lei Maior, ou seja, para se estabelecer a exata dimensão das obrigações ambientais necessitamos ter clareza que, no plano constitucional, as obrigações ambientais estão vinculadas não só aos recursos ambientais, mas, como adverte Celso Fiorillo (2019) “igualmente a bens ambientais outros também abarcados pela relação jurídica ambiental”.

Passemos, pois a uma breve análise da causa geradora das obrigações ambientais.

4 CAUSA GERADORA DAS OBRIGAÇÕES AMBIENTAIS E O USO DOS BENS AMBIENTAIS NO PLANO CONSTITUCIONAL: AS OBRIGAÇÕES DE FAZER OU NÃO FAZER SUBORDINADAS AOS PRINCÍPIOS AMBIENTAIS CONSTITUCIONAIS DA PREVENÇÃO E DO POLUIDOR PAGADOR

A obrigação, como estabelecia Santos (1953) em análise do tema no plano infraconstitucional e com amparo na lição de Polacco (*Obbligazioni*, n.1) “é relação jurídica patrimonial em virtude da qual o devedor é vinculado a uma prestação de índole positiva, ou negativa para com o credor.

Consiste, por conseguinte, a substancia das obrigações em ser alguém constringido a dar, fazer ou prestar alguma coisa”. Sendo em regra “apreciáveis economicamente” e “reduzíveis a uma soma em dinheiro”, como advertia Beviláqua (1954), se submetem evidentemente à ordem econômica constitucional em vigor (Art.1º,IV c/c Art.170 e segs da CF).

Ao esclarecer, também em plano infraconstitucional, as causas geradoras das obrigações, já advertia Beviláqua (1954, p.17) que as fontes das obrigações (o contrato, o chamado quase contrato, atos ilícitos e vontade unilateral):

[...] admitiriam ainda uma simplificação, se as reduzíssemos a duas: - o ato humano e a lei, elementos que se não devem dissociar de modo completo, porque o ato humano desprovido de sanção legal é juridicamente improficuo e, por outro lado, a lei exige a insuflação vital da atividade humana, para descer do mundo abstrato, onde paira e rutila, sem o que não conseguirá realizar o fim a que se destina.

Assim, fundamentada diretamente no texto de nossa Lei Maior (Art.225, parágrafos 1º a 7º e especificamente Arts. 225, § 1º, IV e 225, § 3º da CF) e em face de balizamento que guarda necessariamente harmonia com os princípios gerais da atividade econômica (Art.170, VI), a causa geradora das obrigações ambientais, como destacam Celso Fiorillo e Renata Ferreira (2019, p.116):

[...] está explícita e diretamente relacionada à tutela jurídica constitucional do meio ambiente em face das quatro noções de meio ambiente indicadas pela interpretação do Supremo Tribunal Federal: as obrigações ambientais vinculadas à tutela jurídica do meio ambiente natural(recursos ambientais como bens ambientais tutelados pelo Art.225 da CF), as obrigações ambientais vinculadas à tutela jurídica do meio ambiente cultural(bens culturais como bens ambientais tutelados pelos arts.215/216 da Constituição Federal), as obrigações ambientais vinculadas à tutela jurídica do meio ambiente artificial(a cidade como bem ambiental tutelada pelos arts. 182 s 183 da CF) e as obrigações ambientais vinculadas à tutela jurídica do meio ambiente do trabalho (a saúde como bem ambiental tutelada pelos arts.196 a 200 da CF).

Podendo ser entendida teoricamente a partir da lição Beviláqua (1954, p.51) como “a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude de lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão”, a obrigação ambiental, em face de sua gênese constitucional, visa “constranger” o Estado e à própria coletividade, a rigorosamente obedecer as superiores balizas normativas no que se refere ao uso dos bens ambientais (recursos ambientais, bens culturais, cidades e saúde). Trata-se, portanto de obrigação constitucional via de regra estabelecida num fazer ou não fazer dentro de princípios constitucionais que subordinam o uso dos bens ambientais assegurados em nossa ordem econômica à defesa do meio ambiente (Art.170, VI da CF).

Daí, e sempre em obediência aos mandamentos constitucionais, a aplicação dos

denominados princípios da prevenção e do poluidor-pagador no que se refere à interpretação e efetividade das obrigações ambientais e, portanto às obrigações ambientais das empresas de celulose.

5 OBRIGAÇÕES AMBIENTAIS DAS EMPRESAS DE CELULOSE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO: AS OBRIGAÇÕES PREVENTIVAS E O ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL (EPIA)

Em face da superior orientação constitucional, num primeiro momento, e como regra, impõe-se ao obrigado o dever de arcar com as despesas de prevenção dos danos ao meio ambiente que a sua atividade possa ocasionar (meio ambiente natural, meio ambiente cultural, meio ambiente artificial e meio ambiente do trabalho).

Daí, inclusive, a incumbência constitucional estabelecida ao Poder Público visando exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (EPIA art. art. 225, § 1º, IV).

Notamos, portanto que nossa Constituição Federal, visando dar efetividade ao princípio da prevenção, criou um inédito instrumento destinado a fixar obrigação preventiva àqueles que pretendem instalar obra ou mesmo atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente (meio ambiente natural, meio ambiente cultural, meio ambiente artificial e meio ambiente do trabalho).

A referida obrigação, por força constitucional, será via de regra sempre exigível daqueles que atuando na ordem econômica capitalista, e evidentemente das empresas de celulose, necessitem usar bens ambientais visando a elaboração de produtos ou mesmo a realização de serviços.

5.1 As empresas de celulose em face das atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente e o estudo prévio de impacto ambiental (Art.225, parágrafo 1º, IV)

Instrumento normativo originário do ordenamento jurídico americano, tomado de empréstimo por outros países, como a Alemanha, a França e, por evidência, o Brasil, "de gênese e natureza jurídica constitucional e visando assegurar efetividade na tutela jurídica constitucional dos bens ambientais", como destacam Fiorillo, Fereira e Morita (2019), o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, como instrumento preventivo estrutural, passou a ser exigido pela Lei Maior de 1988 na forma do que determina o Art.225, § 1º, IV a saber:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (BRASIL, 1988).

Assim, para assegurar a efetividade da tutela jurídica dos bens ambientais em face das várias relações jurídicas ambientais disciplinadas em nossa Carta Magna (Patrimônio Genético, Meio Ambiental Cultural, Meio Ambiente Digital, Meio Ambiente Artificial/Cidades, Saúde Ambiental/Meio Ambiente do Trabalho e Meio Ambiente Natural) entendeu por bem nossa Constituição Federal determinar obrigatória incumbência ao Poder Público no sentido de exigir do mesmo, na forma da lei, para atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, o referido estudo de impacto que deve ser sempre e necessariamente prévio e público.

Destarte, em nosso País, as diferentes atividades previstas em nosso ordenamento jurídico que potencialmente, “suscetível de existir ou acontecer” na lição de Houaiss (2009), possam causar significativa degradação do meio ambiente, a saber, atividades que possam causar “alteração adversa das características do meio ambiente” (Art.3º, II da lei 6938/81) necessitam apresentar referido estudo no sentido de obedecer aos princípios e normas constitucionais anteriormente indicadas.

As empresas de celulose, portanto, em princípio, devem observar o referido comando constitucional.

Claro está que a referida alteração adversa, para restar cabalmente caracterizada, dependerá de cada caso concreto, a saber, dependerá da real situação a ser examinada (Patrimônio Genético, Meio Ambiental Cultural, Meio Ambiente Digital, Meio Ambiente Artificial/Cidades, Saúde Ambiental/Meio Ambiente do Trabalho e Meio Ambiente Natural) assim como deverá ser devidamente avaliada em decorrência de conhecimento técnico especializado, verdadeiro trabalho elaborado por perito conforme clássica lição de Chiovenda (apud PIRES, 2005, p. 20), a saber,

[...] pessoas chamadas a expor ao juiz não só as observações de seus sentidos e suas impressões pessoais sobre os fatos observados, senão também as induções que se devam tirar objetivamente dos fatos observados ou que lhes deem por existentes. Isto faz supor que eles são dotados de certos conhecimentos técnicos ou aptidões em domínios especiais, tais que não devam estar ao alcance, ou no mesmo grau, de qualquer pessoa culta.

Assim atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente geram a exigência constitucional de estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará a necessária publicidade sendo certo que a partir do RE 627.189 o Poder Público, como adverte Celso Fiorillo (2019) em face da incumbência que lhe foi determinada pelo art. 225, § 1o, IV, deverá analisar os riscos, avaliar os custos das medidas de prevenção e, ao final, executar as ações necessárias, as quais serão decorrentes de “decisões universais, não discriminatórias, motivadas,

coerentes e proporcionais”, como procedimento de gestão de riscos obrigatório nas atividades econômicas vinculadas ao meio ambiente natural/recursos naturais.

Trata-se, por via de consequência, de análise qualitativa e quantitativa, que evidentemente não se reveste de caráter absoluto, a ser aplicada sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, tudo com a finalidade de balizar as atividades econômicas-incluindo evidentemente as empresas de celulose- exercidas em harmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente.

5.2 A obrigação constitucional de reparar danos causados ao meio ambiente: obrigações ambientais em face do princípio do poluidor pagador

Podemos identificar no princípio do poluidor - pagador duas órbitas de alcance: a) busca evitar a ocorrência de danos ambientais (*caráter preventivo*); e b) ocorrido o dano, visa à sua reparação (*caráter repressivo*).

Desse modo e conforme destacam Celso Fiorillo e Renata Ferreira (2018b, p.173)

[...] num primeiro momento, impõe-se ao poluidor, na condição de obrigado, o dever de arcar com as despesas de prevenção dos danos ao meio ambiente que a sua atividade possa ocasionar. Cabe a ele, além da elaboração do necessário EPIA, o ônus de utilizar instrumentos necessários à prevenção dos danos.

Numa segunda órbita de alcance, esclarece este princípio que, ocorrendo danos ao meio ambiente em razão da atividade desenvolvida, o poluidor será responsável pela sua reparação, ou seja, e conforme advertência do Ministro Marco Aurélio na ADI 3378 “o fato verificado, o dano, porque não se pode cogitar de indenização, a priori, sem a verificação de dano”. A obrigatoriedade de reparar o dano está, pois em conformidade com o princípio de direito ambiental constitucional do poluidor-pagador.

A definição do princípio foi dada pela Comunidade Econômica Europeia, que preceitua:

[...] as pessoas naturais ou jurídicas, sejam regidas pelo direito público ou pelo direito privado, devem pagar os custos das medidas que sejam necessárias para eliminar a contaminação ou para reduzi-la ao limite fixado pelos padrões ou medidas equivalentes que assegurem a qualidade de vida, inclusive os fixados pelo Poder Público competente [...] (FIORILLO; FERREIRA, 2015).

Na Constituição Federal de 1988, encontramos o princípio previsto no art. 225, § 3º:

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, *independentemente da obrigação de reparar os danos causados* (BRASIL, 1988).

Vale observar que na órbita repressiva do princípio do poluidor-pagador há incidência da denominada “*responsabilidade civil*” porquanto o próprio pagamento resultante da poluição não possui caráter de pena, nem de sujeição à infração administrativa, o que, por evidente, não exclui a cumulatividade destas, como prevê a Constituição Federal no referido § 3º do art. 225.

Com isso, é correto afirmar que o princípio do poluidor-pagador determina a incidência e aplicação de alguns aspectos do regime jurídico da impropriamente denominada “responsabilidade civil” em face dos danos ambientais: a) a prioridade da reparação específica do dano ambiental; b) a denominada responsabilidade chamada civil objetiva; e c) solidariedade para suportar os danos causados ao meio ambiente.

5.2.1 A prioridade da reparação específica do dano ambiental: retorno ao *statu quo ante* como critério balizador do uso dos bens ambientais

Dano, na clássica definição estabelecida por Fischer (1938, p.13), é “todo o prejuízo que o sujeito de direitos sofre através da violação dos seus bens jurídicos” advertindo que “na verdade, dentro do direito positivo o dano só interessa enquanto facto que condiciona a aplicação duma *pena* ou a constituição dum *dever de indemnizar* como consequências jurídicas”.

Com efeito.

O ressarcimento do dano ambiental vinculado ao inadequado uso dos bens ambientais pode ser feito de duas formas. A primeira delas ocorre com o que se denomina reparação natural ou específica, em que há o *ressarcimento “in natura”*. A segunda, como sublinha Fischer (1938) “é a indenização em dinheiro”.

Todavia, isso não significa que a reparação pode, indiferentemente, ser feita por um modo ou outro. Pelo contrário, *primeiramente*, deve-se verificar se é possível o retorno ao *statu quo ante* por via da *específica reparação*, e só depois de infrutífera tal possibilidade é que deve recair a condenação sobre um *quantum* pecuniário, até mesmo porque, na lembrança de Wambier (1998, p.82) por vezes, “é difícil a determinação do *quantum* a ser ressarcido pelo causador do ato feito, sendo sempre preferível a reparação natural, pela recomposição efetiva e direta do ambiente prejudicado”. De fato, como lembra Fischer (1938, p.139) “o sistema de reparação natural é evidentemente muito mais adequado para atingir o fim ideal de “restaurar”, sendo indiferentemente aplicável aos danos patrimoniais e não patrimoniais, que muitas vezes se confundem entre as consequências dum mesmo acto”.

Assim o adequado uso dos bens ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente em face de superior orientação constitucional (Art.170, VI c/c Art.225 da CF) orienta a prevalência da reparação *in natura* influenciando necessariamente todas as normas infraconstitucionais ambientais.

Daí, na lição clássica contida na obra de Enneccerus (1954, p.) “la compensación de los

daños puede hacerse restableciendo efetivamente el estado que existiria de no haberse producido el acontecimiento causa del daño(reposicion natural § 249 C.c) o, de manera imperfecta, sólo com dinero a tenor del valor(prestación del interés pecuniário)”.

5.2.2 A denominada responsabilidade chamada “civil” objetiva e a obrigação constitucional de reparar danos causados ao meio ambiente

Como observado anteriormente, nossa Carta Magna (Art.225, § 3º) em face de condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente (meio ambiente natural, meio ambiente cultural, meio ambiente artificial e meio ambiente do trabalho) sujeita os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, na clara manifestação de Celso Fiorillo (2018, p.114) “a obrigação de reparar danos causados dentro evidentemente das hipóteses, observando-se caso a caso, previstas em nossa Lei Maior conforme temos aduzido em nossas obras”.

Destarte o uso de bens ambientais (os recursos ambientais, os bens culturais, as cidades e a saúde), em desacordo com as superiores orientações do direito ambiental constitucional, submetem os obrigados a reparar o dano causado, tendo em vista, na sempre lembrada lição do Ministro Celso de Mello (ADI 3540) “a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual”.

Trata-se, pois de responsabilidade fixada por nossa Constituição Federal (e não tão somente por regras infraconstitucionais...), em face de ordem econômica capitalista e dos riscos dela derivados (Art.1º, IV c/c Art.170 e segs), que visa assegurar a reparação do dano entendido, na lição clássica contida na obra de Enneccerus (1954, p.82) como “toda desventaja que experimentamos em nuestros bienes jurídicos (patrimônio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidade de adquisición, etc)”. Daí, ao estabelecer comando destinado ao dever de reparar danos causados ao meio ambiente, ter nossa Lei Maior cuidado também da ”manera imperfecta, sólo com dinero a tenor del valor (prestación del interés pecuniário)”.

Aqui, evidentemente, não estabeleceu nossa Constituição Federal uma regra de “reponsabilidade civil” fundamentada em tradicional lição lembrada por Guido Alpa (2010) e estruturada na clássica teoria da responsabilidade contratual sob o fundamento da culpa e seus requisitos essenciais como ensinava Alvino Lima (1998),a saber, uma regra jurídica associada à doutrina que fundamenta historicamente o subsistema normativo civil vinculado à ideologia de um “direito privado” ou mesmo de quaisquer outras regras estabelecidas a partir de interpretação emanada diretamente de leis federais.

Na verdade cuidou nossa Carta Magna, isto sim, de deixar explicitada de forma clara e inequívoca comando destinado a reparar danos causados em virtude de condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente realizada por infratores (pessoas físicas ou jurídicas) dentro de interpretação própria de gênese constitucional ou seja, e lembrando a clássica lição de Alvino Lima (1998, p.32) citando Jossierand (1926), “quem guarda os beneficios que o acaso de sua

atividade lhe proporciona deve, inversamente, suportar os males decorrentes da mesma atividade”.

Por via de consequência e visando estabelecer o uso dos bens ambientais em harmonia com a defesa do meio ambiente dentro de hipóteses de responsabilidade em que não importaria, na adequada interpretação de Celso Fiorillo (2019, p.190) “em nenhum julgamento de valor sobre os atos do responsável bastando que o dano se relacione materialmente com estes atos, porque aquele que exerce uma atividade deve assumir os riscos”, nossa Constituição Federal está assentada “na equação binária cujos polos são o dano e a autoria do evento danoso.”

Assim determina nossa Constituição Federal, diretamente e independentemente de critérios outros fixados em normas infraconstitucionais (Art.225, § 3º), que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a obrigação de reparar os danos causados. Trata-se de dever de reparação em que é irrelevante o dolo ou culpa dos infratores (responsabilidade objetiva) exigindo-se, todavia, necessariamente, além da existência do dano a existência do nexo de causalidade entre o fato e o dano, a saber, “sólo se há de indemnizar aquel daño que constituya una consecuencia del hecho que obliga a la indemnización” na precisa advertência de Enneccerus (1954).

5.2.3 A denominada conjunção solidária constitucional: a solidariedade para suportar os danos causados ao meio ambiente

Tendo sua estrutura jurídica fixada diretamente no texto de nossa Carta Magna, conforme amplamente desenvolvido anteriormente, interpretada a partir dos princípios fundamentais constitucionais (Art.1º a IV da CF) e estabelecida em face da defesa do meio ambiente como princípio geral da atividade econômica (Art.170 VI), as obrigações ambientais estão constitucionalmente ligadas aos deveres indicados no Art.225 da Constituição Federal impostos ao Poder Público e à coletividade.

Daí, exatamente no sentido de compatibilizar a ordem econômica constitucional (Art.170 e segs da CF) com os deveres estabelecidos pela cláusula constitucional proclamadora do direito fundamental ao meio ambiente (Art.225 da CF), interpretado particularmente pelo que estabelece o Art.3º, I de nossa Lei Maior, a existência, no plano das obrigações ambientais, da denominada solidariedade passiva. Trata-se de analisar a matéria, como ensinava Beviláqua (1954, p.72) em face de análise infraconstitucional no âmbito da denominada conjunção solidária, a saber:

[...] o credor poderá pedir o cumprimento da obrigação a qualquer dos devedores, sem que este possa alegar o benefício da divisão. Se, porem, preferir, tem a faculdade de fazer valer o seu direito a todos simultaneamente, abrangendo-os, sob o mesmo golpe de ação. Permite-se-lhe ainda escolher, apalpar a força de resistência dos devedores, Demandando um que não se mostre em boas condições de satisfazer - lo plenamente, por debilidade patrimonial, lhe é lícito recuar, voltando-se para outro, a ver se oferece mais solidez.

A referida solidariedade, estabelecida como dissemos no plano constitucional, visa assegurar o adimplemento da obrigação ambiental por parte de qualquer dos obrigados admitindo-se, todavia a faculdade de fazer valer a obrigação a todos simultaneamente.

Constatada, pois a denominada conjunção solidária constitucional determinada pelo Art.225 (Poder Público e coletividade) tem o obrigado, depois de haver satisfeito a obrigação ambiental “o direito de exigir, de cada um de seus consócios na dívida, sua parte respectiva, distribuindo-se igualmente, por todos a porção insolúvel, que porventura restar” conforme ensinava Beviláqua (1954).

CONCLUSÃO

A celulose, ao ter desde logo seu regramento normativo definido em face da tutela jurídica dos recursos ambientais (bens ambientais), vincula seu uso em face de qualquer atividade econômica ao direito ambiental, ou seja, para que as empresas de celulose possam desenvolver licitamente atividade econômica vinculada ao uso do referido recurso ambiental devem obrigatoriamente obedecer a legislação ambiental balizadora do tema. Verifica-se pois a necessária subordinação de referidas empresas aos comandos normativos de índole ambiental reguladores das atividades econômicas fixadas em nossa Carta Magna, a saber, a subordinação das empresas de celulose às obrigações ambientais, em harmonia com a defesa do meio ambiente (Art.170, VI c/c Art.225 da CF) observando-se a aplicação dos princípios do direito ambiental constitucional às atividades econômicas destinadas ao desenvolvimento do processo industrial no âmbito de referidas empresas. Daí a obediência de referidas atividades econômicas à obrigação imposta por nossa Carta Magna no sentido de proteger os bens ambientais em face dos deveres e direitos superiormente fixados com particular atenção para a causa geradora das obrigações ambientais (obrigações de fazer e não fazer) vinculada aos princípios ambientais constitucionais da prevenção e do poluidor pagador com destaque para o uso do instrumento constitucional do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA).

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. **La responsabilità civile: parte generale** Utet Giuridica. Torino: Utet Giuridica, 2010.

ART, Henry W. **Dicionário de ecologia e ciência ambiental**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das obrigações**. 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1954.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 5 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 5 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em: 5 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000.** Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm. Acesso em: 5 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006.** Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=526>. Acesso em: 5 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012.** Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm. Acesso em: 1 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade ADI 1950 SP.** Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 7.844/92, do Estado de São Paulo. meia Entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino. Ingresso em casas de diversão, esporte, cultura e lazer. competência concorrente entre a união, estados-membros e o distrito federal para legislar sobre direito econômico. constitucionalidade. livre iniciativa e ordem econômica. mercado. intervenção do estado na economia. Artigos 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição do Brasil. Relator: Eros Grau, 3 de novembro de 2005a. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762633/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1950-sp?ref=juris-tabs>. Acesso em: 5 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade ADI 3540 DF.** A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. Relator: Min. Celso de Mello, 1 setembro de 2005b.

ENNECCERUS, Ludwig. **Derecho de obligaciones.** Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1954.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Direito processual ambiental brasileiro: a defesa judicial do patrimônio genético, do meio ambiente cultural, do meio ambiente digital, do meio ambiente artificial, do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente natural no Brasil.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Paulo; MORITA, Dione Mari. **Licenciamento ambiental**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Direito ambiental tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **O agronegócio em face do direito ambiental constitucional brasileiro: as empresas rurais sustentáveis**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Segurança alimentar e desenvolvimento sustentável: a tutela jurídica da alimentação e das empresas alimentares em face do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FISCHER, Hans Albrecht **A reparação dos danos no direito civil**. Coimbra: Armeio Amado Editor, 1938.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LEITE, Antonio Dias. **A economia brasileira: de onde viemos e onde estamos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1998.

SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do século XXI**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2005.

SANTANDER. **Você sabe quais são os produtos mais exportados pelo Brasil?** São Paulo, 6 ago. 2018. Disponível em: <https://www.santandernegocioseempresas.com.br/detalhe-noticia/produtos-mais-exportados-pelo-brasil.html#>. Acesso em: 19 jan. 2019.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado: parte geral (arts.863-927)**. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1953. v. 9.

WAMBIER, Luis Rodrigues. **Liquidação do dano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Como citar: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Obrigações Ambientais das Empresas de Celulose em Face ao Direito Brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 1, p. 180-196, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p180. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 29/01/2019.

Aprovado em: 06/03/2019.

RESENHA | REVIEW

SOTO, Hernando de. **O mistério do capital: Por que o capitalismo dá certo nos países desenvolvidos e fracassa no resto do mundo.** Rio de Janeiro: Record, 2001. Capítulo 1, pp. 15-28.

OS CINCO MISTÉRIOS DO CAPITAL

THE FIVE MYSTERIES OF CAPITAL

Juliani Cristina Lima Grochoski¹

Como Citar: GROCHOSKI, Juliani Cristina Lima. O mistério do capital: Por que o capitalismo dá certo nos países desenvolvidos e fracassa no resto do mundo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 197-199, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p197. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Trata-se da visão apresentada por Hernando de Soto, economista e político peruano, na obra “O mistério do capital: Por que o capitalismo dá certo nos países desenvolvidos e fracassa no resto do mundo”, especificamente no Capítulo 1, titulado “Os cinco mistérios do capital”. No primeiro capítulo o autor faz uma apresentação resumida do conteúdo do livro, que expõe uma visão crítica sobre a forma como a economia nos países em desenvolvimento é tratada, propõe uma nova visão sobre o capital acumulado pelas pessoas pobres, o qual atribui o nome de capital morto. Posteriormente, o autor demonstra como a “extralegalidade”, que também pode ser chamada de irregularidade, impede que o capital acumulado pelas pessoas de baixa renda circule, gerando desenvolvimento.

Palavras-chave: Economia. Irregularidade. Países em desenvolvimento.

Abstract: This is the vision pioneered by Hernando de Soto, Peruvian economist and politician, in the book “The Mystery of Capital: Why Capitalism Works in the Developed Countries and Fails in the Rest of the World,” specifically in Chapter 1 entitled “The Five Mysteries of Capital”. In the first chapter the author gives a brief presentation of the contents of the book, which exposes a critical view of how the economy in developing countries is treated, proposes a new view on the capital accumulated by poor people, which he calls the dead capital. Subsequently, the author demonstrates how “extralegality”, which can also be called an irregularity, prevents the capital accumulated by low-income people from circulating, generating development.

Keywords: Economy. Irregularity. Developing countries.

O autor começa o capítulo fazendo uma retrospectiva histórica e econômica a partir da queda do muro de Berlim. Para o mesmo, o momento demonstrou que o capitalismo era a forma mais viável de modelo econômico. Contudo, é visível que em alguns países esse modelo foi mais bem-sucedido, o que instigou de Soto a questionar os motivos desse sucesso.

O autor descreve um período provavelmente pós-guerra fria, onde as economias ainda

¹ Mestranda em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina (UEL).
Graduação em Direito em 2014 pela Universidade Estadual de Maringá (UEM).

estavam se estabilizando, ocasião na qual os Estados Unidos se beneficiou da fragilidade econômica dos países do terceiro mundo e dos antigos países do bloco comunista. Quanto mais insegura parecia a economia desses países, mais atrativa era a economia americana para os investidores.

Cabe a observação, de que esse, pode ser um dos primeiros motivos pelos quais a economia americana prosperou, sendo considerada um exemplo de sucesso do capitalismo. Contudo, o medo do retorno do comunismo e a recuperação dos países do terceiro mundo ameaçavam economicamente dos Estados Unidos. Por esse motivo, e pelo aumento da interdependência entre os países, gerada pelo aprofundamento da globalização, os países mais desenvolvidos passam a apoiar as nações em desenvolvimento.

Mas, esse apoio nem sempre foi feito de forma adequada, muitas vezes, essas políticas foram elaboradas sem atentar as peculiaridades de cada país, sendo mal sucedidas. Frente ao insucesso, os países desenvolvidos simplesmente julgaram o fracasso dos países de terceiro mundo por não atingiam os padrões de desenvolvimento esperado, sem cogitar a hipótese de que talvez as decisões tomadas não fossem as melhores naquele contexto. Pode-se inferir do descrito pelo autor, que talvez, haja um certo interesse nesse insucesso, visto que, como foi dito, há uma disputa pelos investidores externos.

Resultado do disposto, é a elaboração de teorias preconceituosas sobre o fracasso dos países do terceiro mundo e do antigo bloco comunista. Para Soto, tais teorias não explicam de fato o que determina o sucesso econômico de um país em um contexto capitalista. Para tentar esclarecer melhor o motivo de algumas nações não terem se desenvolvido como as nações ocidentais, Hernando de Soto elenca cinco mistérios do capital:

O primeiro mistério, é o Mistério da informação ausente, segundo o autor os estudos enfatizaram a miséria, mas não a capacidade de acumulação da população dos países menos desenvolvidos. Essas pessoas têm capital investido, moradias, pequenos comércios ou empreendimentos e por mais que não se atribua valor alto a esse capital, quando somado, o montante possui muito potencial.

O próximo mistério é o Mistério do capital, o autor se pergunta “o que é o capital, como se relaciona e como é produzido?” Em momento posterior no livro, Soto vai discutir como o capital dos pobres e dos ricos vai se comportar. Segundo o autor pelo fato do capital dos pobres, na maioria das vezes ser desregulamentado, não possui plena circulação, inviabilizando o crescimento da economia, a esse capital o autor atribui o nome de capital morto. Por sua vez, o capital regulamentado permite por exemplo, que uma empresa abra seu capital para receber investidores, permitindo a economia de escala ou que uma casa seja hipotecada com a finalidade de financiar um pequeno negócio. Ou seja, permite uma fluidez maior do capital o que favorece o crescimento econômico.

Já o terceiro mistério trata-se do “Mistério da percepção política” a pergunta nesse ponto é: Por que os governos não tentam explorar a riqueza do capital morto? A verdade é que mesmo de forma irregular a população desprivilegiada acaba tendo acesso aos a quase tudo, comida, transporte, habitação, informação, energia elétrica. Se a rede de transporte não alcança esses

lugares, acaba surgindo o transporte irregular, a pirataria e o furto de energia também são exemplos de atividades que prosperam nesses ambientes. Ou seja, o que se abandona é o controle estatal, o que de um lado é prejudicial para população que não tem um controle de qualidade e segurança do que consome, garantido pelas atividades regulares vinculadas ao Estado, e por outro o Estado deixa de arrecadar impostos relativos a essas atividades, assim há prejuízo para ambas partes. Contudo, nos países de terceiro mundo a burocratização e o alto custo de manter uma atividade regular faz com que a ilegalidade seja mais vantajosa.

O quarto mistério proposto pelo autor é o “Mistério das lições esquecidas da História dos Estados Unidos” Para o mesmo quando se analisa o desenvolvimento do referido país, deixa-se de observar que o país tem um histórico de resistência da “Extralegalidade”. Houve um período na história dos Estados Unidos que havia uma certa dificuldade no reconhecimento da propriedade, principalmente ligada a conflitos fundiários, no entanto houve a persistência por parte da população em relação a adequar a legislação para suas necessidades, o que acabou formando uma infraestrutura legal adequada ao crescimento econômico.

A ausência dessa infraestrutura nos países de terceiro mundo e do antigo bloco comunista, dificulta o acesso da população mais carente a obter o status de regular no que toca ao seu patrimônio, o que remete ao último mistério discutido “Mistério do fracasso legal”. A questão agora é porque a lei de propriedade não funciona fora do ocidente? Como fazer a lei funcionar para gerar capital? Soto atribui grande parte da responsabilidade da morte do capital, as dificuldades impostas na regularização das relações econômicas e do direito de propriedade nos países pobres. Mais adiante no livro, Soto faz um estudo demonstrando quanto é difícil obter a propriedade legal ou iniciar uma atividade empresarial regular nesses países.

Por fim, é possível concluir que no primeiro capítulo do livro o autor faz uma abordagem simplificada do que vai desenvolver ao longo da obra, como um todo o livro traz uma visão muito diferente e inovadora em relação a economia vivida pelos mais pobres. Demonstra o grande empenho do autor em pesquisar o tema e apontar possíveis soluções, de forma geral a apresenta o tema de forma agradável e muito construtiva.

Como Citar: GROCHOSKI, Juliani Cristina Lima. O mistério do capital: Por que o capitalismo dá certo nos países desenvolvidos e fracassa no resto do mundo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 197-199, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p197. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 15/02/2019.

Aprovado em: 28/02/2019.

RESENHA | REVIEW

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

O LIBERALISMO POLÍTICO

POLITICAL LIBERALISM

Gabriela Amorim Paviani¹

Como Citar: PAVIANI, Gabriela Amorim. O Liberalismo Político. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p.200-202, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p200. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A presente resenha possui como objetivo explicar de modo geral as concepções defendidas por John Rawls, em sua obra “O liberalismo político”, em que o mesmo apresenta suas oito conferências (ideias fundamentais; as capacidades dos cidadãos e sua representação; o construtivismo político; a ideia de um consenso sobreposto; a prioridade do justo e as ideias do bem; a ideia de razão pública; a estrutura básica como objeto; as liberdades fundamentais e sua prioridade), respectivamente. Assim, são apontadas as principais concepções de justiça política descritas pelo autor, na busca de uma sociedade pautada na igualdade.

Palavras-chave: Liberalismo político. Justiça. Igualdade. Liberdade.

Abstract: The present review aims to explain in a general way the concepts defended by John Rawls in his work “Political Liberalism”, in which it presents its eight conferences (fundamental ideas, the capacities of citizens and their representation, political constructivism; the idea of a superimposed consensus, the priority of the just and the ideas of the good, the idea of public reason, the basic structure as object, the fundamental freedoms and their priority, respectively. Thus, the main conceptions of political justice described by the author in the search for a society based on equality are pointed out.

Keywords: Political liberalism. Justice. Equality. Freedom.

Produto de uma conjunção de oito conferências, ministradas por John Rawls, a obra Liberalismo político possui como escopo, a luz de uma visão sistemática, por meio da utilização da filosofia moral moderna, uma nova teoria de justiça, de modo a acarretar à uma equidade, por meio da generalização da tradicional teoria do contrato social, bem como em respeito ao pluralismo democrático.

Nesse ínterim, o liberalismo político presume uma diversidade de doutrinas, das mais variáveis dimensões, que podem até mesmo ser incompatíveis entre si, na medida em que uma sociedade democrática possui como principal característica uma imensa gama de doutrinas, sejam

1 Mestranda em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina (UEL).
Especialista em Direito Empresarial em 2019 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).
Graduação em Direito em 2017 pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR).

elas: morais, filosóficas e religiosas.

Destarte, a problemática central da obra se traduz nos mecanismos de alcance de uma sociedade igualitária e estável, por meio de uma concepção política, capaz de proporcionar aos seus cidadãos uma liberdade de pensamento e vivência de modo justo e democrático a todos que participam do corpo social.

A primeira conferência diz respeito as ideias fundamentais dos questionamentos do autor, colocando em debate a nova proposta de Contrato Social, bem como a nova postura do Estado, de modo a buscar uma justiça política, visando uma sociedade democrática. Nesse sentido, Rawls apresenta duas indagações primordiais, quais sejam os princípios do ideal de justiça: todas as pessoas têm o direito de satisfação de seus direitos e liberdades básicas, como também as desigualdades econômicas e sociais devem estar vinculadas as condições de igualdade equitativa, ao ponto de gerar posições e cargos aberto a todos.

Por sua vez, a segunda conferência refere-se à capacidade dos cidadãos entenderem-se a sim mesmos como fontes de auto identificação, distinguindo o razoável do racional. Segundo Rawls, os indivíduos são razoáveis quando estão diante de outras pessoas que são vistas como seus iguais, sendo predispostas a cooperar equitativamente quando estão entre os seus, inclusive de maneira voluntária.

Mais adiante, na terceira conferência Rawls irá abordar a temática do construtivismo política sob o viés da justiça, para tanto o autor utiliza-se como contraste a teoria do construtivismo moral de Kant, em contraponto do realismo moral. Deste modo, o pensamento rawlsiano é construindo com base em seu conteúdo, a própria justiça política, a qual é fruto de um processo construtivista, a estrutura.

A quarta conferência indaga quanto as aplicações do liberalismo político, como o mesmo pode ser colocado em prática, de modo que Rawls esclarece que tal modelo apenas seria possível ser aplicado quando o poder político está de acordo com a Constituição, uma vez que os cidadãos, em sua condição de iguais e livres, irão agir conforme prega a Carta Magna, trata-se do mais puro princípio da legitimidade.

Em seguida, a quinta conferência faz referência a concepção da prioridade do justo e do ideal de bem, possuindo um papel fundamental para o alcance da justiça como equidade, de sorte a alcançar a efetividade dos princípios da justiça política, por conseguinte, reivindicações egoísticas feitas pelos cidadãos não possuem peso.

Já a sexta conferência explicita os fins da razão pública, portanto, a mesma, consoante os pensamentos do Autor, deve possuir como objeto o bem público e questões que possuem como fundamento a justiça social. Somente regimes democráticos possuem como ponto norteador a razão pública, exatamente, porque a mesma é a razão da sociedade civil igualitária.

Rawls, em sua sétima conferência afirma que o primeiro elemento essencial da justiça é a estrutura básica da sociedade, sendo que tal estrutura é traduzida no modo de organização, direitos e deveres fundamentais das instituições sociais, capazes de gerar a chamada cooperação social.

Por fim, na oitava conferência, o autor descreve o objetivo inicial da justiça sob o ponto

de vista da equidade, defendendo a tese de que as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: estar vinculadas a cargos gerais e equitativos e que os benefícios sejam alcançados ao maior número de pessoas.

Por todo exposto, se faz possível concluir que Rawls, apesar de defender o capitalismo moderado, observa-se sua posição política centrada em ideias sociais, aproximando-se da democracia liberal, ao ponto que apenas cidadãos livres e iguais poderão cooperar para um bem moral, qual seja o alcance da justiça.

Como Citar: PAVIANI, Gabriela Amorim. O Liberalismo Político. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 200-202, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p200. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 25/02/2019.

Aprovado em: 28/02/2019.

INSTRUÇÕES AOS AUTORES INSTRUCTIONS FOR AUTHORS SCIENTIA IURIS

A revista científica SCIENTIA IURIS do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL – Universidade Estadual de Londrina tem o objetivo de publicar artigos científicos de autores de instituições de ensino ou pesquisa, nacionais ou estrangeiras.

1. Procedimentos para aceitação dos artigos: Os artigos enviados devem ser **inéditos**, isto é, não terem sido publicados em qualquer outro local. O procedimento adotado para aceitação definitiva será o seguinte:

- **Primeira etapa:** seleção dos artigos segundo critério de relevância e adequação às diretrizes editoriais.

- **Segunda etapa:** parecer de qualidade a ser elaborado por pareceristas “ad hoc”. A Comissão Editorial e os consultores científicos, por eles indicados, compõem o filtro de qualidade responsável por essa etapa. Os pareceres comportam três possibilidades:

- a. aceitação integral;
- b. aceitação com alterações;
- c. recusa integral.

1.1. Línguas: Serão aceitos trabalhos redigidos em inglês ou preferencialmente em português. Trabalhos em outras línguas poderão ser aceitos, dependendo da consulta prévia ao Conselho Consultivo, sendo que neste caso deverá o resumo ser também em inglês (necessário o abstract em qualquer que seja a língua do artigo).

1.2. As opiniões e conceitos contidos nos artigos são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

2. Tipos de colaborações aceitas pela revista: serão aceitos trabalhos originais que se enquadrem na seguinte categoria:

2.1. Artigos Científicos (mínimo de 15 laudas e máximo de 25 laudas): apresentam, geralmente, estudos teóricos ou práticos referentes à pesquisa e desenvolvimento que atingiram resultados conclusivos significativos. Os artigos originais referentes à pesquisa experimental devem conter todas as informações necessárias que permitirão ao leitor repetir as experiências e/ou avaliar as conclusões do autor. As publicações de caráter científico deverão conter os seguintes tópicos: Título (Português e Inglês); Resumo; Palavras-chave; *Abstract*; *Key words*; Introdução; Desenvolvimento; Conclusão; Agradecimentos (quando necessários), e Referências.

- **Os artigos devem conter pelo menos um doutor como um de seus autores ou co-autores. É permitido até 3 (três) autores por artigo.**

Observação importante: Devido ao alto grau de exogenia seguido pela revista (75%), são publicados apenas 2 (dois) artigos de autores pertencentes ao Estado do Paraná por edição, **os quais são destinados, preferencialmente, aos professores e alunos do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.**

2.2. Resenhas (mínimo de 1 lauda e máximo de 3 laudas).

3. Cadastro dos dados dos autores e do artigo no sistema:

Os autores deverão informar na ocasião do cadastro no sistema:

- Título do artigo em português;
-

- Resumo e palavras-chave;
- Área(s) e sub-área(s) do conhecimento;
- Nome completo de cada autor, seguido por afiliação institucional;
- Indicação do endereço completo da preferência do autor, telefone e e-mail;
- Resumo da biografia;
- Se apropriado, parágrafo reconhecendo apoio financeiro, colaboração de colegas e técnicos, origem do trabalho (por exemplo: trabalho anteriormente apresentado em evento, derivado de tese ou dissertação, coleta de dados efetuada em instituição distinta daquela informada na afiliação, e outros fatos de divulgação eticamente necessária).

4. Forma de apresentação dos artigos:

4.1. A SCIENTIA IURIS adota as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e a norma de apresentação tabular do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os artigos devem ser digitadas em editor de texto Word for Windows 7.0 ou posterior, em espaço 1,5, em fonte tipo Arial, tamanho 12, não excedendo 80 caracteres por linha e o número de páginas apropriado à categoria em que o trabalho se insere, paginado desde a folha de rosto personalizada, a qual receberá número de página 1. A página deverá ser em formato A4, com formatação de margens superior e esquerda (3 cm) e inferior e direita (2 cm).

4.2. A apresentação dos trabalhos deve seguir a seguinte ordem:

4.2.1. Folha(s) **despersonalizada** contendo apenas:

- Título em português, não devendo exceder 15 palavras;
- Título em inglês, compatível com o título em português;
- **Resumo** (máximo de 200 palavras), redigido em parágrafo único, espaço simples e alinhamento justificado e **Palavras-chave** (mínimo 3 e máximo 5) para fins de indexação do trabalho. Devem ser escolhidas palavras que classifiquem o trabalho com precisão adequada, que permitam que ele seja recuperado junto com trabalhos semelhantes, e que possivelmente serão evocados por um pesquisador efetuando levantamento bibliográfico;
- **Abstract e Key words**, em inglês, compatível com o texto em português. O **Abstract** deve obedecer às mesmas especificações para a versão em português, seguido de **Key words**, compatíveis com as palavras-chave.

4.2.2. Texto propriamente dito.

- Em todas as categorias do trabalho, o texto deve ter uma organização de reconhecimento fácil, sinalizada por um sistema de títulos e subtítulos que reflitam esta organização.

- As **citações bibliográficas** devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 – *Informação e Documentação - Citações em documentos – Apresentação/* Ago. 2002), adotando-se o **sistema autor-data**. Ex.: Barcellos et al. (1977) encontram...

... posse *pro labore* ou posse-trabalho (NERY JÚNIOR; NERY, 2001).

... sem que essa prestação de serviços ..." (HONRUBIA et al., 1996, p. 224).

Segundo Canotilho (2000 apud ARAUJO, 2001, p. 82),...

– Quando vários trabalhos forem citados no mesmo parágrafo, os mesmos devem ser apresentados em ordem cronológica. Se houver mais de um trabalho do mesmo autor no mesmo ano, devem ser utilizadas letras para distingui-los. Exemplo: Diniz (2003a). O critério para a escolha das letras a, b, c etc. de cada referência é o de ordem alfabética do nome dos artigos ou obras que aquele autor citou naquele mesmo ano.

– No caso de trabalho de até três autores, seus sobrenomes na citação devem vir separados por vírgula e pela palavra “e”. Exemplo: Cintra, Grinover e Dinamarco (2003).

- No caso de mais de três autores, indica-se apenas o primeiro, acrescentando-se a expressão et al. Exemplo: Barcellos et al. (1997).
- Na lista das Referências, cada trabalho referenciado deve ser separado do seguinte por 1 (um) espaço simples. A lista dos documentos pesquisados deve ser apresentada em ordem alfabética, não numerada, seguindo o sobrenome do autor principal, destacando em negrito o título do periódico (para artigos) ou o nome da obra (quando para capítulos de livro), como descrito no item Referências.
- As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

Observação importante: siglas e abreviaturas devem ser evitadas, pois dificultam a leitura. Quando forem necessárias, as siglas ou as abreviaturas devem ser introduzidas entre parênteses, logo após ao emprego do referido termo na íntegra, quando do seu primeiro aparecimento no texto. Ex.: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Após a primeira menção no texto utilizar somente a sigla ou abreviatura. Todas as abreviaturas em tabelas ou ilustrações devem ser definidas em suas respectivas legendas.

4.2.3. Referências (NBR 6023 – *Informação e Documentação - Referências - Elaboração* / Ago. 2002) Devem conter todos os dados necessários à identificação das obras, dispostas em ordem alfabética. Para distinguir trabalhos diferentes de mesma autoria, será levada em conta a ordem cronológica, segundo o ano da publicação. Se em um mesmo ano houve mais de um trabalho do(s) mesmo(s) autor(es), acrescentar uma letra ao ano (ex. 1999a; 1999b).

- Referências dos documentos consultados: Somente devem ser inseridas na lista de Referências os documentos efetivamente citados no artigo.

5. Direitos autorais:

5.1. Artigos publicados na SCIENTIA IURIS:

Os direitos autorais dos artigos publicados pertencem à revista *SCIENTIA IURIS*. A reprodução total dos artigos desta revista em outras publicações, ou para qualquer outra utilidade, está condicionada à autorização escrita do(s) Editor(es). Pessoas interessadas em reproduzir parcialmente os artigos desta revista (partes do texto que excedam a 500 palavras, tabelas e ilustrações) deverão ter permissão escrita do(s) autor(es).

5.2. Reprodução parcial de outras publicações:

Artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer aos limites especificados para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomenda-se evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações. O artigo que contiver reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações de outras publicações só será encaminhado para análise se vier acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original para a reprodução especificada na *SCIENTIA IURIS*. A permissão deve ser endereçada ao autor do trabalho submetido. Em nenhuma circunstância a *SCIENTIA IURIS* e os autores dos trabalhos publicados nesta revista repassarão direitos assim obtidos.

6. Os trabalhos não aceitos para publicação serão devolvidos aos autores, se solicitados.

7. Sugerimos a leitura da obra de Maurício Gomes Pereira. Título: Artigos científicos: como redigir, avaliar e publicar. Editora: Guanabara Koogan.

DECLARAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

A revista se reserva o direito de efetuar, nos originais, alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua e a credibilidade do veículo. Respeitará, no entanto, o estilo de escrever dos autores. Alterações, correções ou sugestões de ordem conceitual serão encaminhadas aos autores, quando necessário. Nesses casos, os artigos, depois de adequados, deverão ser submetidos a nova apreciação. As provas finais não serão encaminhadas aos autores. Os trabalhos publicados passam a ser propriedade da revista, ficando sua reimpressão total ou parcial sujeita a autorização expressa da revista. Em todas as citações posteriores, deverá ser consignada a fonte original de publicação, no caso a Discursos Fotográficos. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

O autor autoriza a republicação e divulgação do artigo em sites especializados na área de direito (ex: academia.edu; emperiododireito.com.br; conjur.com.br, e outros). Autoriza, também, a publicação e/ou divulgação em redes sociais. O artigo será encaminhado para republicação e divulgação pela equipe editorial da Revista Scientia Iuris somente após publicação do artigo na Revista Scientia Iuris para garantir o ineditismo que é uma exigência da publicação.

POLÍTICA DE PRIVACIDADE

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.
